

**PATRÍCIA DE FÚCIO LAGES**

**ADOÇÃO À BRASILEIRA E O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA**

**CURITIBA**

**2003**

**PATRÍCIA DE FÚCIO LAGES**

**ADOÇÃO À BRASILEIRA E O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA**

**Trabalho monográfico apresentado  
como requisito parcial à obtenção do  
grau de Bacharel em Direito, ao Núcleo  
de Monografias do Setor de Ciências  
Jurídicas, Universidade Federal do  
Paraná.**

**Orientador: Professor Doutor Eroulths  
Cortiano Júnior**

**CURITIBA**

**2003**

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

**PATRÍCIA DE FÚCIO LAGES**

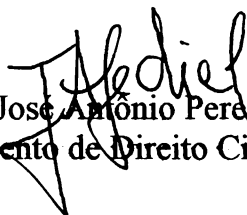
### **ADOÇÃO À BRASILEIRA E O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA**

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pelo Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

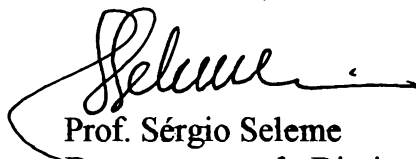


**Orientador:**

**Prof. Dr. Eroulths Cortiano Júnior**  
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR



**Prof. Dr. José Antônio Peres Gediel**  
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR



**Prof. Sérgio Seleme**  
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR

Curitiba, 22 de outubro de 2003.

## SUMÁRIO

RESUMO.....	iii
<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>1</b>
<b>2 FAMÍLIA E FILIAÇÃO.....</b>	<b>4</b>
2.1 MODELO TRADICIONAL – CÓDIGO CIVIL DE 1916.....	4
2.2 MODELO ATUAL – CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	6
<b>3 TRATAMENTO JURÍDICO DO AFETO – RECONHECIMENTO DA FAMÍLIA SOCIOAFETIVA.....</b>	<b>10</b>
<b>4 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.....</b>	<b>15</b>
<b>5 POSSE DE ESTADO DE FILHO E ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA.....</b>	<b>20</b>
5.1 ELEMENTOS DA POSSE DE ESTADO DE FILHO.....	21
5.2 CONTEÚDO DA POSSE DE ESTADO DE FILHO.....	23
5.3 DIREITOS REAIS E A POSSE DE ESTADO DE FILHO.....	24
5.4 TEORIA DA APARÊNCIA E POSSE DE ESTADO DE FILHO.....	26
5.5 O NOVO CÓDIGO CIVIL E A POSSE DE ESTADO DE FILHO.....	27
<b>6 PATERNIDADE.....</b>	<b>28</b>
6.1 SENTIDO JURÍDICO.....	29
6.1.1 Presunção <i>Pater Is Est</i> .....	29
6.1.2 Reconhecimento da Paternidade.....	33
6.2 SENTIDO BIOLÓGICO.....	34
6.3 SENTIDO SOCIOLÓGICO.....	35
<b>7 INSTITUTO JURÍDICO DA ADOÇÃO.....</b>	<b>38</b>
<b>8 ADOÇÃO À BRASILEIRA: CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....</b>	<b>42</b>
8.2 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS.....	44
8.2.1 Âmbito Civil.....	44
8.2.1 Âmbito Penal.....	45
<b>9 ADOÇÃO À BRASILEIRA COMO FORMA DE ESTABELECIMENTO DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA.....</b>	<b>48</b>
<b>10 REGISTRO NA ADOÇÃO À BRASILEIRA.....</b>	<b>50</b>
10.1 ANULAÇÃO DO REGISTRO E MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.....	50
<b>11 CONCLUSÃO.....</b>	<b>55</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>58</b>
<b>ANEXOS.....</b>	<b>64</b>

## **RESUMO**

### **ADOÇÃO À BRASILEIRA E O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA**

A presente pesquisa destina-se ao estudo da adoção à brasileira como forma de estabelecimento da filiação socioafetiva, pelo princípio do melhor interesse da criança. Estabelece-se como ponto de partida uma breve análise das alterações trazidas pela Constituição Federal de 1988 quanto à definição de família e filiação em relação ao tratamento dado pelo Código Civil de 1916. Objetiva-se, assim, demonstrar a recepção do afeto enquanto valor jurídico e a prevalência que o interesse da criança passa a ter nas relações paterno-filiais. A partir disso, trata-se da posse de estado de filho como o meio capaz de estabelecer a filiação socioafetiva, pois serve como instrumento exteriorizador do liame sociológico entre pai e filho. A seguir, analisa-se a paternidade em todas as suas vertentes, demonstrando que pai e genitor não se confundem e que é possível que o vínculo afetivo prevaleça sobre o biológico, quando estiver patente a posse de estado de filho. Além disso, deixa-se claro que aquele que registra uma criança ciente de não possuir ligação biológica com ela, não pode alegar este fato como meio de desconstituir este vínculo. Ainda, antes de se tratar especificamente da adoção à brasileira, é feita breve síntese sobre o instituto da adoção, para se demonstrar que, apesar da denominação similar, são figuras, absolutamente, distintas. Finalmente, defende-se a manutenção do registro na adoção à brasileira pela presença de laços afetivos, demonstrados pela posse de estado de filho, havendo o estabelecimento da filiação socioafetiva, privilegiando-se o melhor interesse da criança no caso concreto.

## 1 INTRODUÇÃO

A adoção à brasileira, ou seja, o registro de filho alheio como próprio, é um fenômeno muito comum e que ainda não foi tratado de forma sistematizada pela doutrina. De fato, pouco se fala sobre algo que, na prática, ocorre com grande frequência.

Com efeito, continua a vigorar o posicionamento simplista de que o registro em tais condições deve ser sempre anulado por não corresponder à verdade biológica. Tal entendimento, contudo, tem sido, paulatinamente, revisto pela jurisprudência, em virtude da valorização do afeto como elemento formador de vínculos jurídicos.

A questão que, ao menos numa análise preliminar, poderia parecer simples, é, em verdade, bastante complexa, pois, para sua definição, é necessária a análise do que efetivamente significam elementos como família, filiação, posse de estado de filho, paternidade, melhor interesse da criança e adoção. Mais que isso, é preciso definir, em especial, o papel da afetividade nas relações de família.

Para tanto, primeiramente, é preciso salientar que a tutela jurídica da adoção à brasileira deve estar de acordo com os valores constitucionais que estabelecem os princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia da filiação, da paternidade responsável e da proteção integral da criança.

Assim, é impossível se estabelecer um modelo de atuação universal a ser aplicado em todas as situações. Pelo contrário, o tratamento de cada caso deve buscar a solução que mais se adequar às especificidades da situação, visando sobremaneira à efetivação do princípio do melhor interesse da criança. Em outras palavras, o que se pretende é dar diretrizes a serem seguidas a partir da análise do caso concreto para que os interesses da criança possam sempre prevalecer.

Foi sob essa perspectiva, em que se percebe uma série de questões ainda não suficientemente claras, que se tornou possível sentir que o estudo a que se propõe o presente trabalho poderá criar mais espaço e incitar maiores discussões acerca da adoção à brasileira e qual a melhor forma de tutelá-la.

Portanto, pretende-se com o presente a formulação de um tratamento sistematizado da adoção à brasileira, buscando demonstrar que se trata de uma maneira de estabelecimento da filiação/paternidade<sup>1</sup> socioafetiva<sup>2</sup>, a partir da posse de estado de filho, pelo princípio do melhor interesse da criança.

Para cumprir tal intuito, abordar-se-á, inicialmente, a evolução histórica da família e da filiação (capítulo 2). Em seguida, será feita breve análise acerca da forma como o afeto se apresenta para o direito nas relações familiares (capítulo 3), bem como terão especial atenção o princípio do melhor interesse da criança (capítulo 4) e a posse de estado de filho (capítulo 5). A partir disso, será realizado um estudo das diferentes formas de paternidade, inclusive da que se baseia nos vínculos socioafetivos (capítulo 6).

Superada essa fase inicial, de estabelecimento e definição de conceitos, terá início uma sucinta análise da adoção no Brasil e de seu conceito jurídico (capítulo 7).

Finalmente, tomará corpo o exame do instituto da adoção à brasileira (objeto do presente trabalho – capítulos 8 a 10), em que, a partir da análise dos diversos entendimentos acerca do tema, pretende-se sistematizar seus aspectos fundamentais, demonstrando tratar-se de uma das formas de estabelecimento da filiação/paternidade socioafetiva. A toda evidência, portanto, haverá a manutenção do registro quando este

---

<sup>1</sup> É preciso que se deixe claro que paternidade e filiação são os dois vértices de uma mesma relação, a paterno-filial; o que muda é apenas a perspectiva. Assim, do ponto de vista do filho se estabelece a filiação e do ponto de vista do pai a paternidade.

<sup>2</sup> No presente estudo, adotar-se-á o entendimento de Belmiro Pedro Welter quanto à grafia da expressão socioafetiva. Em suas palavras: “Gramaticalmente, o termo correto é sócio-afetiva (com acento e hífen). Contudo, entendo que a interpretação sincrônica recomenda o uso do termo filiação *socioafetiva* (sem acento e sem hífen), por várias razões: a primeira, o hífen causa uma ruptura gráfica, retirando a identidade do termo, estando ainda apegado à idéia de cisão cartesiana; a segunda, *socioafetivo* dá a entender unidade de filiação, isto é, igualdade entre filhos biológicos e sociológicos, cujo pensamento está-se enraizando no plenário jurídico e social não só brasileiro, mas em vários países; a terceira, socioafetivo denota a existência de *um pai*, e não *o pai* (biológico), já que, para a filiação, modernamente, não importa tanto a biologia, mas, sim, a afetividade; a quarta, a grafia *socioafetivo* dá a idéia de sagrado, que pertence ao espírito, que não pertence apenas à perfilhação biológica, a qual, aliás, também deve ser afetiva; a quinta, ao aplicar a grafia socioafetivo estar-se-á aplicando uma interpretação originária do contexto social; a sexta, a convenção da gramática, no caso do termo *sócio-afetivo*, causa cisão do social, do espírito, da alma, do sacro, pelo que, para se manter a unidade da perfilhação biológica e sociológica, que reclama o tratamento de *pai*, sem discriminação entre biológico ou sociológico, deve ser empregada apenas a expressão filiação *socioafetiva*”.

estiver declarando o vínculo formado pelo afeto, haja vista que a verdade deste não está atrelada ao liame biológico entre quem declarou e o filho.

Cumpre frisar, entretanto, que não se tem a pretensão de que um trabalho desta monta possa esclarecer todas as dúvidas acerca do tema ora abordado, mesmo porque, acima de tudo, tem-se a certeza de que a contradição e o erro são inerentes ao próprio ser humano<sup>3</sup>, e não seria diferente neste singelo trabalho acadêmico.

---

(WELTER, B. P. Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 14, jul./set. 2002. p. 129).

<sup>3</sup> Homenageie-se, nesse sentido, a lição de Roque Antonio Carraza que, citando passagens de José Souto Maior Borges e Bertrand Russel, assevera, respectivamente: “Só quem não pensa está imune à contradição e ao erro” e “todo conhecimento humano é incerto, inexato e parcial”. (CARRAZA, R. A. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Malheiros, 16. ed., 2001 p. 23).



## 2 FAMÍLIA E FILIAÇÃO

Antes mesmo de se pretender abordar o tema da adoção à brasileira - objetivo a que se propõe o presente -, é indispensável diferenciar o tratamento familiar existente anteriormente à promulgação da Constituição vigente do atual.

### 2.1 MODELO TRADICIONAL – CÓDIGO CIVIL DE 1916

Anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988, de acordo com as disposições do Código Civil de 1916, a família era matrimonializada, transpessoal, patriarcal e hierarquizada. Os únicos filhos verdadeiros e a única família reconhecida eram os originários do casamento<sup>4</sup>.

Assim, a entidade familiar era uma instituição que deveria ser tutelada de per si, sem se considerar os interesses e anseios de seus membros. Para manter esta estrutura, o homem era considerado o chefe da família, estando acima da mulher e dos filhos, os quais estavam sob o jugo do marido e do pai, respectivamente. Dentro dessa perspectiva, apenas o cônjuge varão teria pátrio-poder, pois este seria decorrente da chefia familiar.

Como esclarece Jacqueline Filgueras Nogueira:

Aos filhos cabia apenas se sujeitarem à autoridade paterna, sem nenhuma condição de contestação. Opiniões contrárias eram inadmissíveis, e não raramente sufocadas por punições severas e muitas vezes violentas. A eles, não cabia nenhuma espécie de vontade ou sentimento, seus casamentos quase sempre eram arranjados, sem nenhum vínculo afetivo,

---

<sup>4</sup> Estas considerações refletem os ensinamentos de Luiz Edson Fachin em palestra proferida no Salão Nobre da Faculdade de Direito da UFPR, em 12/07/2003. Podem ser completadas pela lição de Jacqueline Filgueras Nogueira, a qual sintetiza as características da família e da filiação codificadas da seguinte maneira: “A família e o sistema de filiação que repousa no Código Civil têm suas características no Brasil Colônia e aos modelos de família vigente à sua época. Abrigava a noção de família patriarcal, funcional, hierarquizada e que refletia uma comunidade de sangue fundada no casamento, pois só através do matrimônio se poderia constituir família (art. 229), conferindo aos filhos deste o estatuto privilegiado da “*legitimidade*” (art. 337), quase que impossibilitando o reconhecimento de filhos extramatrimoniais, os chamados “*ilegítimos*”, os excluídos, relegando o legislador a um plano marginal a questão da verdade biológica da filiação, tudo em favor de valores morais e éticos desenhados pelo sistema vigente e em nome da “*paz familiar*”. (NOGUEIRA, J. F. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.p. 31-32).

baseados em uma conveniente fonte de procriação e sobrevivência. Suas carreiras profissionais, também, não eram por eles decididas. Assim, seus destinos não lhes pertenciam, eram-lhes impostos, muitas vezes impulsionados por razões de ordem econômica.<sup>5</sup>

Nesse contexto, o tratamento dos filhos era resultado da situação jurídica dos pais. Logo, legítimos seriam apenas e tão-somente os concebidos “dentro” do casamento e os presumidos como tal (arts. 337 e 338). Os demais seriam definidos como ilegítimos, não tendo a sua filiação reconhecida pelo ordenamento jurídico, a fim de manter a “paz social”, protegendo a família enquanto instituição.<sup>6</sup>

Quanto à valorização do afeto neste modelo familiar insta salientar a posição de Silvana Maria Carbonera:

No embate entre o ter e o ser, o patrimônio fez prevalecer sua força em relação ao sentimento. Desta forma, garantia-se a família, pautada na divisão orgânica de papéis em função do sexo e da idade, a autoridade paterna e a integridade patrimonial. A continuidade da unidade familiar era preferencialmente tutelada e o sujeito, sua dignidade e sentimentos eram colocados em segundo plano. Nesse espaço, o afeto não ocupava posição de destaque, uma vez que o ponto central era a legitimidade.<sup>7</sup>

Enfim, segundo o Código Civil de 1916, somente a família<sup>8</sup> proveniente do matrimônio era reconhecida como tal, esta tinha como intuito principal a tutela e a preservação do patrimônio, independentemente dos anseios de seus membros. Aliás,

---

<sup>5</sup> NOGUEIRA, J. F. *Ibid.* p. 34.

<sup>6</sup> “Registrava-se no filho o *status* jurídico dos pais. Mais do que isso, cumpre lembrar que o estado de filiação, derivado do reconhecimento, era e ainda é pressuposto de direitos, tais como, o direito a alimentos, à sucessão, ao uso do nome. Pertencer ou não a uma família era condição de *status* social e jurídico”. (BARBOZA, H. H. O direito de família brasileiro no final do século XX. In: BARRETO, V. (Org.) *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 90-91).

<sup>7</sup> CARBONERA, S. M. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, L. E. (Coord.) *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 308-309. (negrito original).

<sup>8</sup> O modelo familiar do Código Civil de 1916 refletia os ideais do século XIX, incumbindo à família uma série de funções, as quais podem ser resumidas pelas palavras de Michelle Perrot: “Nuclear, heterossexual, monógama, patriarcal, a família que herdamos do século XIX era investida de um grande número de missões. Na junção do público e do privado, esferas grosseiramente equivalentes aos papéis dos sexos, ela deveria assegurar a gestação da sociedade civil e dos “interesses particulares”, cujo bom andamento era essencial à estabilidade do Estado e ao progresso da humanidade. Naqueles tempos de capitalismo em larga medida familiar, ela assegurava o funcionamento econômico, a formação da mão-de-obra, a transmissão do patrimônio”. (PERROT, M. O nó e o ninho. *Veja: 25 anos: Reflexões para o futuro*. São Paulo: Abril, 1993. p. 76-77).

os sentimentos sequer eram considerados, apenas os interesses patrimoniais tinham relevância. Sinteticamente, a família representava muito mais um “nó” do que um “ninho”.<sup>9</sup>

## 2.2 MODELO ATUAL – CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988<sup>10</sup>

A situação anteriormente descrita foi radicalmente alterada com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual, principalmente através dos arts. 226 e 227, em posição diversa da adotada pelo Código Civil de 1916: reconheceu a pluralidade de entidades familiares<sup>11</sup>, fazendo com que o casamento deixasse de ser a única forma de estrutura adotada pelo direito positivo como modelo de família; e estabeleceu a isonomia entre os cônjuges e os filhos e o planejamento familiar, enfocando os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> PERROT, M. *Ibid.* p. 81.

<sup>10</sup> Também serão analisadas, de forma difusa ao longo deste trabalho, algumas das mudanças, no âmbito familiar, introduzidas pelo Novo Código Civil. Contudo, preferiu-se tratar, especificamente, das alterações trazidas pela Constituição, por terem significado verdadeira revolução no modo de se analisar as relações de família. Também porque, em muitos dispositivos, o novel diploma legal apenas reproduziu o texto constitucional.

<sup>11</sup> A família hoje além de ser plural, em substituição à noção matrimonializada adotada anteriormente, não tem um modelo definido; ainda que a Constituição tenha mantido o casamento em local privilegiado, adotou a família nuclear (pai, mãe e filhos) e a pós-nuclear (pai ou mãe e filhos). Seguindo a orientação constitucional, o Novo Código Civil reconhece a união estável como entidade familiar, mas o faz de forma mais restrita, pois a diferencia de concubinato, que seria a convivência entre pessoas impedidas de se casar, tal posição pode ser vista como um retrocesso, eis que esta distinção não vinha sendo feita pela jurisprudência. O novo diploma legal também se mostrou mais tímido do que a Carta Magna quanto à família monoparental, uma vez que não há previsão específica sobre o assunto.

<sup>12</sup> “O novo texto constitucional não obriga quem quer que seja, a assumir uma paternidade que não deseja. Isto seria mesmo impossível fazê-lo, sem violentar, não tanto a pessoa, mas a própria idéia de paternidade, assim entendida como intensa relação amorosa, autodoação, gratuidade, engajamento íntimo, independente de imposição coativa. Pai e mãe ou se é por decisão pessoal e livre, ou simplesmente não se é. (...) Mesmo que este pai não queira assumir a paternidade confirmada pelo nascimento, a responsabilidade existente em relação ao filho, passa a existir desde a data do nascimento. Toda criança que nasce é, necessariamente, filha de um homem e de uma mulher. E, como filho, insere-se na ordem jurídica e dela terá todo apoio”. (LEITE, E. de O. *Temas de direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 101.

A partir desta ótica, pode-se dizer que houve uma mudança de paradigma, pois, à luz da Constituição Federal de 1988, o legislador deixou de ver as famílias apenas pelo seu aspecto patrimonial e formal, passando a reconhecê-las como verdadeiras comunhões afetivas<sup>13</sup>. Houve, em verdade, a superação do modelo trazido pelo Código Civil de 1916<sup>14</sup>, não mais se tutelando a família como instituição, para passar a protegê-la como forma de resguardar os interesses dos indivíduos que a compõem, reconhecendo nela um local privilegiado para a busca da realização pessoal.<sup>15</sup>

A toda evidência, portanto, com o reconhecimento da pluralidade de entidades familiares, houve uma alteração do tratamento jurídico dado ao afeto, visto antes como algo dado ou pressuposto pela simples existência das relações familiares e tratado

---

<sup>13</sup> “Neste contexto, o reconhecimento da família sem casamento significa uma quebra de formalismo, típico do Direito privado clássico, traduzido nas codificações oitocentistas. Mais do que isso, a sedimentação do novo discurso jurídico nos últimos anos direciona para uma releitura da instituição familiar, com destaque para valorização dos laços afetivos, traduzidos numa comunhão espiritual e de vida, em prol da dignidade e da solidariedade humanas. O reconhecimento desta nova função da família – núcleo unido pela comunhão de afeição e de vida entre um homem e uma mulher, ou entre a mãe e seu filho, ou o pai e seu filho -, objetivando promover a dignidade humana, justifica que o Direito positivo unifique a sua proteção, recepcionando, ao lado da família matrimonializada, a família originada fora do casamento e a família monoparental, bem como fundamenta a igualdade entre todos os filhos, independente de sua origem, sejam filhos biológicos, sejam havidos por adoção. Qual seja: superando a noção liberal-burguesa da família como núcleo de apropriação de bens e as alianças envolvendo interesses de natureza exclusivamente econômica, os alicerces do grupo familiar passam a ser a afeição e a solidariedade”. RAMOS, C. L. S. Família constitucionalizada e pluralismo jurídico. In: PEREIRA, R. da C. (Coord.) *Direito de família: a família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 66.

<sup>14</sup> O Novo Código Civil também buscou superar este modelo, tendo como objetivos principais: acabar com a instabilidade gerada pelo excesso de leis extravagantes e pôr o Direito Civil em sintonia com os princípios constitucionais. Infelizmente, o texto da nova lei é uma verdadeira colcha de retalhos, mas deve ser entendido como um ponto de partida para uma nova leitura, base para se construir efetivamente, um direito civil-constitucional.

<sup>15</sup> “Assim sendo, a família, embora tenha ampliado, com a Carta de 1988, o seu prestígio constitucional, deixa de ter valor intrínseco, como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada de maneira instrumental, tutelada na medida em que – e somente na exata medida em que – se constitua em um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade dos seus integrantes”. TEPEDINO, G. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: BARRETO, V. (Org.) *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 50.

atualmente como elemento criador de vínculos.<sup>16</sup> Nesse sentido, merece destaque a posição de Jacqueline Filgueras Nogueira: “A presença do afeto na família patriarcal era presumida, podendo estar presente ou ausente. Na família atual, o afeto é a razão de sua própria existência, o elemento responsável e indispensável para a sua formação, visibilidade e continuidade”.<sup>17</sup>

Além disso, o reconhecimento da isonomia entre os filhos<sup>18</sup>, independente de sua origem, alterou de forma significativa o tratamento dado à filiação. Aliás, acerca dos reflexos desta alteração, insta salientar os ensinamentos de Gustavo Tepedino. Em suas palavras:

... os princípios fundamentais dos arts. 1º a 4º, em particular no que concerne ao art. 1º, III, segundo o qual se constitui em fundamento da República a dignidade da pessoa humana, informam toda a disciplina familiar, definindo a nova tábua de valores em que exsurgem, no ápice no ordenamento, três traços característicos em matéria de filiação: 1. a funcionalização das entidades familiares à realização da personalidade de seus membros, em particular dos filhos; 2. A despatrimonialização das relações entre pais e filhos; 3. A desvinculação entre a proteção conferida aos filhos e a espécie de relação dos genitores.<sup>19</sup>

Ainda, a responsabilidade dos pais quanto aos filhos passou a refletir uma idéia de dever e não de poder, como acontecia anteriormente. Sob o manto da

---

<sup>16</sup> “Desta forma, o afeto, que começou como um sentimento unicamente interessante para aqueles que o sentiam, passou a ter importância externa e ingressou no meio jurídico. Tal relevância mostrou-se variável no decorrer dos tempos: se, em alguns momentos, a presença da ‘affectio’ era presumida pela existência de relações de família, pois ficava à sombra da celebração, em outros, o afeto se revelou com o elemento responsável por lhes dar maior visibilidade. Dois momentos básicos distintos, duas formas de apreensão jurídica do mesmo fenômeno. Quando a presença do afeto, nas relações de família, era presumida, sua relevância jurídica consistia em ser tomado como existente, não dando margem a muita discussão. Porém, a partir do momento em que sua presença se tornou essencial para dar visibilidade jurídica às relações familiares, o afeto passou a ter outro sentido, ocupando maior espaço no Direito de Família”. (CARBONERA, S. M. *Op. cit.* p. 274).

<sup>17</sup> NOGUEIRA, J. F. *Op. cit.* p. 53.

<sup>18</sup> “Art. 227, § 6º CF. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” Tal preceito constitucional foi repetido pelo Novo Código Civil em seu art. 1596.

<sup>19</sup> TEPEDINO, G. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: \_\_\_\_\_, *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.p. 395-396.

Constituição de 88, portanto, o filho deixa de ser o objeto da relação jurídica e passa a ter reconhecido o seu *status* de sujeito de direito.<sup>20</sup>

Em síntese, a família, a partir da Constituição de 1988, passa a ser protegida como meio para o desenvolvimento da personalidade de seus membros, sendo vedada toda e qualquer forma de discriminação entre os filhos. Dessa forma, a família ideal deixa de ser um modelo estático e pré-estabelecido, passando a ser uma instituição que, no caso concreto, deve possibilitar, nos dizeres de João Baptista Villela<sup>21</sup>, “um mínimo de restrições e um máximo de realização pessoal”.

---

<sup>20</sup> O Novo Código Civil abandona a expressão “pátrio poder”, fala em poder familiar (Capítulo V, arts. 1630-1638). Luiz Edson Fachin, em palestra proferida no Salão Nobre da Faculdade de Direito da UFPR, em 12/07/2003, afirmou que o melhor termo seria “autoridade parental”, para afastar a noção de poder sobre os filhos. Quanto a este tema, insta salientar a posição de João Baptista Villela, o qual afirma que: “A função do poder-dever atribuído aos pais relativamente aos seus filhos não está em guardá-los de todo mal, nem em convertê-los em cópias de seus guardiões, senão em assisti-los e encaminhá-los à senhoria das próprias vidas. Em conduzi-los para a autonomia de si mesmos”. (VILLELA, J.B. Família hoje. In: BARRETO, V. (Org). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 86). A este respeito, relevantes também são os dizeres de Belmiro Pedro Welter: “Com relação à igualdade entre as filiações genética e afetiva, lembro que o vínculo entre pais e filho, com o advento da Constituição Federal de 1988, não é de posse e de domínio, e sim de amor, de ternura, de respeito, de solidariedade, na busca da felicidade mútua, em cuja convivência não há mais nenhuma hierarquia”. (WELTER, B. P. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 13).

<sup>21</sup> VILLELA, J. B. *Liberdade e família*. Belo Horizonte: Edição da Faculdade de Direito da UFMG, 1980. p. 11.

### 3 TRATAMENTO JURÍDICO DO AFETO – RECONHECIMENTO DA FAMÍLIA SOCIOAFETIVA

A partir da Constituição Federal de 1988, pela adoção da concepção eudemonista de família<sup>22</sup>, o afeto, como bem ensina Silvana Maria Carbonera<sup>23</sup>, tornou-se um “elemento concreto a ser considerado nas relações de família”, eis que se passou a tutelar a entidade familiar enquanto meio para proteção de seus membros. Segundo ela, “a noção de afeto serviria para dar visibilidade às relações de família, uma vez que é em sua função que elas se formam ou se desfazem”.<sup>24</sup>

Nesse sentido, merece destaque a lição de Luiz Edson Fachin:

O sistema jurídico brasileiro vincado por uma axiologia principiológica de índole constitucional, e informado por uma visão aberta, plural, não exclusivamente matrimonializada da família tomou, sim, o afeto como valor jurídico, a tal ponto que mesmo o novo Código Civil não pôde ignorá-lo por completo. Essa compreensão criativa e inovadora se projeta no campo hermenêutico como apta a redirecionar diversos contextos legais. A razão de ser do casamento fundada no afeto informou a liberdade de não permanecer casado, para exemplificar. No âmbito do novo Código Civil, por exemplo, a afinidade entre os companheiros pode ser citada como sintoma dessa ordem de idéias, bem assim as seqüelas daí decorrentes; no campo da filiação, a extensão do artigo 1.603<sup>25</sup> deve abranger também o nascimento socioafetivo; a compreensão do artigo 1610<sup>26</sup> também passa por essa dimensão valorativa do reconhecimento dos filhos socioafetivos.<sup>27</sup>

---

<sup>22</sup> A expressão “família eudemonista”, criada pelo historiador francês Andrée Michel em 1975, pode ser definida, nas palavras de João Baptista Villela, como um “grupo de companheirismo e local de afetividade”. (VILLELA, J. B. *Id.*) Segundo o dicionário Aurélio, o eudemonismo é uma “doutrina que admite ser a felicidade individual ou coletiva o fundamento da conduta humana moral, isto é, que são moralmente boas as condutas que levam à felicidade”.

<sup>23</sup> CARBONERA, S. M. *Op. cit.* p. 297.

<sup>24</sup> Neste trabalho, esta matéria será tratada apenas quanto às relações entre pais e filhos, ainda que se encontre presente em inúmeras outras situações no âmbito familiar.

<sup>25</sup> “Art. 1603. A filiação prova-se pela certidão ou termo de nascimento registrada no Registro Civil”.

<sup>26</sup> “Art. 1610. O reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento”.

<sup>27</sup> FACHIN, L. E. Entrevista concedida ao Boletim IBDFAM de mar./abr. 2003.

Logo, o que deve definir a família<sup>28</sup> é a existência de vínculos afetivos entre seus membros, independentemente de haver um liame jurídico ou biológico, haja vista que é a afetividade a razão da união e do esvaziamento das relações familiares.<sup>29</sup>

Da mesma forma, para definir a filiação, atualmente, não basta a análise do liame biológico, eis que o *status* de filho se define também a partir do vínculo afetivo; afinal, pela presença da posse de estado de filho forma-se a filiação socioafetiva<sup>30</sup>.

A este respeito, observa Belmiro Pedro Welter que: “Além da verdade biológica, também habita no Brasil a verdade afetiva, pelo que não basta a simples procriação, a voz do sangue, a origem, a ancestralidade, e sim *um nascimento fisiológico e, por assim dizer, um nascimento emocional*, pois a filiação *que se quer revelar e prestigiar não é a verdade do sangue, mas a verdade que brota exuberante dos sentimentos, dos brados da alma e dos apelos do coração...*”.....

Segundo este autor, a filiação sociológica pode se apresentar de quatro formas: adoção judicial, filiação sociológica do filho de criação, reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade ou maternidade e a adoção à brasileira.<sup>31</sup>

De acordo com Paulo Luiz Netto Lôbo, a afetividade na filiação se caracterizaria como verdadeiro princípio constitucional, fundamentando-se na

---

<sup>28</sup> “A família é ninho, pois neste fim de século ela somente tem sentido na medida em que existe para a realização de seus membros; é refúgio caloroso, centro de felicidade, onde o indivíduo se realiza plenamente”. (FACHIN, R. A. G. *Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo*. p. 147-148).

<sup>29</sup> Jacqueline Filgueras Nogueira chama este modelo familiar de família sociológica, com o intuito de demonstrar que esta se forma por laços afetivos, os quais podem não coincidir com os biológicos e nem com os jurídicos. Em suas palavras: “Dessa forma, a família sociológica é aquela onde existe a prevalência dos laços afetivos, onde se verifica a solidariedade entre os membros que a compõem, a família em que os pais assumem integralmente a educação e a proteção de uma criança, que, independentemente de algum vínculo jurídico ou biológico entre eles, a criam, a amam e a defendem, fazendo transparecer a todos que são seus pais”. (NOGUEIRA, J. F. *Op. cit.* p. 55).

<sup>30</sup> De acordo com Eduardo de Oliveira Leite: “a verdadeira filiação – esta a mais moderna tendência do direito internacional – só pode vingar no terreno da afetividade, da intensidade das relações que unem pais e filhos, independente da origem biológico-genética”. (LEITE, E. de O. *Op. cit.* p. 121).

<sup>31</sup> WELTER, B. P. *Ibid.* p. 148. Não obstante a posição deste autor, entende-se que a adoção à brasileira seria uma das maneiras de se proceder ao reconhecimento voluntário da filiação socioafetiva, visto que, como será explicitado mais adiante, não é necessária a existência de vínculo biológico entre quem registra e a criança.



isonomia entre os filhos (art. 227, § 6º CF), na visão da adoção como escolha afetiva (art. 227, §§ 5º<sup>32</sup> e 6º CF) e no reconhecimento da família monoparental (art. 226, § 4º<sup>33</sup> CF).<sup>34</sup>

Nessa linha, ensina:

Com efeito, não faz mais sentido a prevalência da filiação biológica, pois a Constituição não tutela apenas a família matrimonializada e não estabelece mais distinção entre filhos biológicos e adotivos. As pessoas que se unem em comunhão de afeto, não podendo ou não querendo ter filhos, é família protegida pela Constituição.

Por consequência, a família e a filiação passaram a ser fundadas no princípio jurídico da afetividade, decorrente da superação dos modelos biológicos, impondo-se a distinção entre origem biológica e paternidade/maternidade. Em outros termos, a filiação não é um determinismo biológico, ainda que a natureza humana nos impila à procriação, mas uma construção cultural e afetiva permanente, que se faz na convivência e na responsabilidade.<sup>35</sup>

Também parte dessa premissa Jacqueline Filgueras Nogueira<sup>36</sup>, que vê na adoção a mais patente expressão de que o amor é construído pelo viver diário. De acordo com ela, os pais adotivos o são por escolha própria; a paternidade não é uma imposição, mas uma opção. Dessa forma, o vínculo que se forma entre eles e seus filhos surge não com o nascimento e nem com a decisão judicial que concede a adoção, mas com a convivência cotidiana que cria o que efetivamente os une: a afetividade.

A propósito, insta destacar o posicionamento de Fabrício Silveira Barros :

Certamente a adoção é o instituto jurídico apto a colocar fim a qualquer sombra de dúvida que pudesse existir acerca da importância do afeto nas relações de família, especialmente em razão de representar o estabelecimento de uma relação jurídica voluntária, com fins a formar uma família, isto é, uma comunidade na qual o afeto e a valorização recíproca dos seus

---

<sup>32</sup> “Art. 227, § 5º. A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições para a sua efetivação por parte de estrangeiros”.

<sup>33</sup> “Art. 226, § 4º. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

<sup>34</sup> LÔBO, P. L. N. Princípio jurídico da afetividade na filiação. In: PEREIRA, R. da C. (Coord.) *Direito de família: a família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 250.

<sup>35</sup> LÔBO, P. L. N. Filiação e princípio da afetividade. *Igualdade - Revista Trimestral do Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente*. Curitiba, v.8, n. 26, jan/mar. 2000. p. 46.

<sup>36</sup> NOGUEIRA, J. F. *Op. cit.* p. 57.

componentes sejam relevantes. Neste caso, os laços afetivos recebem a inequívoca tutela jurídica.<sup>37</sup>

Já no que toca ao “filho de criação”, também é o afeto o elemento formador do vínculo entre a criança e seus pais, uma vez que não existe nenhum liame jurídico e nem biológico entre eles. Seria a chamada adoção de fato<sup>38</sup>.

Quanto à terceira espécie de filiação socioafetiva, isto é, o reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade ou maternidade, havendo o estabelecimento da posse de estado de filho, é irrelevante o fato de haver vínculo biológico, pois a filiação sociológica é suficiente para que se estabeleçam direitos morais e patrimoniais.<sup>39</sup>

Por fim, também a adoção à brasileira<sup>40</sup>, objeto do presente trabalho, é considerada uma das formas de estabelecimento da filiação socioafetiva, quando a posse de estado de filho estiver caracterizada, sendo, pois, irrevogável, nos termos dos §§ 4º e 7º<sup>41</sup> do art. 226 e § 6º do art 227 da Constituição da República.

---

<sup>37</sup> BARROS, F. S. O interesse superior da criança como paradigma da filiação socioafetiva. In: BRAUNER, M. C. C. (Org.) *O direito de família descobrindo novos caminhos*. São Leopoldo: Edição da autora, 2001. p. 230-231.

<sup>38</sup> Quanto ao filho de criação, salienta Jacqueline Filgueras Nogueira que: “(...) o caso dos pais de criação, que, sem nenhum vínculo biológico ou jurídico, criam uma criança por mera opção, desvelando a ela todo o cuidado e o amor. Família que se mostra perante a sociedade que Maria é a mãe, João é o pai e que aquelas crianças que com eles convivem são seus filhos, entre si se tratando com dedicação, carinho e proteção, que perante os olhos de todos formam uma família. Família cuja mola mestra é o amor entre seus integrantes, uma família cujo único vínculo probatório é o afeto”. (NOGUEIRA, J. F. *Op. cit.*, p. 56).

<sup>39</sup> Ensina Eduardo de Oliveira Leite: “o ato de reconhecimento espontâneo ou judicial atribui direitos que provocam efeitos, sobretudo morais (estado de filiação, direito ao nome, relações de parentesco) e patrimoniais (direito à prestação alimentar, direito à sucessão etc.)”. (LEITE, E. de O. *Op. cit.* p. 115).

<sup>40</sup> O instituto da adoção à brasileira será estudado de forma mais aprofundada em capítulo próprio. Todavia, é preciso frisar que não se trata de uma quarta modalidade de filiação socioafetiva, mas sim de uma das maneiras de reconhecimento voluntário da relação paterno ou materno filial.

<sup>41</sup> “Art. 226, § 7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte das instituições oficiais ou privadas”. Este preceito constitucional está refletido no art. 1513 do novo Código Civil, o qual afirma que: “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

A toda evidência, portanto, à luz da Constituição Federal de 1988, o afeto passa a ser fundamental na definição de família, pois se torna o elemento decisivo para o estabelecimento e a quebra dos vínculos nas relações familiares.

#### 4 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Além de alterar a visão de família e filiação, valorizando o afeto como elemento formador de vínculos, a Constituição Federal de 1988 mudou o tratamento jurídico dado às crianças, passando a tratá-las como sujeitos de direito<sup>43</sup>. Tal visão é ainda bastante recente. Com efeito, durante muito tempo, estas foram tratadas não como o “sujeito da questão”, mas sim como o “sujeito em questão”, sendo as decisões sobre suas vidas feitas sem se ponderar sobre seus interesses.<sup>44</sup> Acerca do tema, aliás, vários foram os diplomas legais que se sucederam.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, não fazia menção expressa a direitos das crianças, mas já significou um avanço, porque estabelecia, em seu art. XXV, 2, que todas as crianças, nascidas ou não do casamento, teriam a mesma proteção social e direito a cuidados e assistência especiais. A partir daí, começou a mudar o enfoque do tratamento jurídico dado à juventude.<sup>44</sup>

Tal mudança pôde ser percebida claramente pela elaboração da Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959, assinada pelo Brasil, e da Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em 1992. A primeira já previa o princípio do melhor interesse da criança, o qual foi adotado pelo nosso Código de Menores, Lei 6.697/79, em seu art. 5º, determinando que na sua aplicação prevaleceria a proteção dos interesses do menor sobre qualquer outro interesse juridicamente

---

<sup>43</sup> “É, entretanto, no categórico reconhecimento do menor como interlocutor dentro da família que se traduz a mais profunda alteração no tradicional quadro de valores que definia as relações entre pais e filhos.” (VILLELA, J. B. *Liberdade...* p. 32). No mesmo sentido, salienta Tânia da Silva Pereira: “Ser “sujeito de direitos” significa, para a população infanto-juvenil, deixar de ser tratada como objeto passivo, passando a ser, como os adultos, titular de direitos juridicamente protegidos”. PEREIRA, T. da S. O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. In: PEREIRA, R. da C. (Coord.) *Direito de família: a família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 221.

<sup>44</sup> FACHIN, L. E. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 28.

<sup>44</sup> BARBOZA, H. H. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: PEREIRA, R. da C. (Coord.) *Direito de família: a família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 202-203.

tutelado. Contudo, este diploma aplicava-se somente aos menores em situação irregular<sup>45</sup>, cabendo a aplicação das disposições do Código Civil de 1916 aos demais. Além disso, não era um dever, mas mera autorização de o juiz fazer o prevalecer o Código de Menores em caso de conflito, quando a sua aplicação fosse mais proveitosa para os interesses do menor.

Foi somente com a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança que se estabeleceu a doutrina da proteção integral, tendo como objetivo tutelar a proteção especial à criança. Esta Convenção foi aprovada pela ONU em novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em novembro de 1990, através do Decreto 99.710<sup>46</sup>.

Pela primeira vez, foram reconhecidos, internacionalmente, direitos específicos da criança, reconhecendo-lhe o *status* de sujeito de direito. As previsões da Convenção supracitada, antes mesmo de sua aprovação, já foram reconhecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, o qual as sintetizou no art. 227 da Constituição Federal de 1988.

Posteriormente, com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>47</sup>, Lei 8.069/90, buscou-se apenas efetivar as disposições constitucionais quanto à infância e juventude, através de um diploma legal específico para tutelar as

---

<sup>45</sup> Para que houvesse a aplicação do Código de Menores era preciso que a criança se enquadrasse em uma das seguintes situações: infante exposto (pais desconhecidos ou estes tivessem permitido que o filho fosse dado); menor abandonado propriamente dito (pais tivessem sido destituídos do pátrio poder); órfão (exigia-se, ainda que não tivesse sido reclamado por nenhum parente por mais de um ano) e filho natural reconhecido apenas pela mãe, a qual não pudesse prover a sua criação.

<sup>46</sup> Quanto a este decreto, insta ressaltar que o legislador pátrio utilizou-se da expressão “maior interesse da criança”, enquanto que no texto original, constava “*the best interest of the child*”. Como bem assevera Tânia da Silva Pereira, a legislação acabou consagrando um critério quantitativo e não qualitativo: apesar disso, a jurisprudência e a doutrina têm se utilizado da forma qualitativa: tratando como “melhor interesse da criança”. Nos dizeres da doutrinadora: “Estamos, portanto, diante de dois conceitos diversos: a versão original vinculada a um conceito qualitativo – *the best interest* – e a versão brasileira dentro de um critério quantitativo, o *interesse maior da criança*. Optamos pelo conceito qualitativo – *melhor interesse* –, considerando-se o conteúdo da Convenção, assim como a orientação constitucional e infraconstitucional adotada pelo sistema jurídico brasileiro. O Brasil incorporou, em caráter definitivo, o princípio do “melhor interesse da criança” em seu sistema jurídico e, sobretudo, tem representado um norteador importante para a modificação das legislações internas no que concerne à proteção da infância em nosso continente”. (PEREIRA, T. da S. *Op. cit.* p. 216).

<sup>47</sup> Onde estiver escrito ECA leia-se Estatuto da Criança e do Adolescente.

relações que envolvessem estas pessoas em desenvolvimento.<sup>48</sup> Diferentemente do Código de Menores, o ECA é aplicável a todas as crianças e adolescentes, o que apenas evidencia a intenção de efetivar a doutrina da proteção integral.

Atualmente, também no texto do novo Código Civil está consagrado este princípio, quando em seu art. 1584<sup>49</sup>, ao tratar da guarda, determina que ela será concedida a quem tiver “*melhores condições de exercê-la*”, ou seja, aquele que estiver apto a efetivar o princípio do melhor interesse da criança.

Assim, houve uma mudança substancial no tratamento jurídico dado ao tema, haja vista que, antes, o interesse do menor podia ser levado em consideração, pois havia autorização para tanto. Hoje, pelo contrário, a tutela dos interesses do menor é absolutamente imperativa, obrigatória, em toda e qualquer relação que envolva criança ou adolescente, por força da garantia constitucional de absoluta prioridade.

Nesse sentido, leciona Gustavo Tepedino:

No que tange à filiação, o extenso conjunto de preceitos reguladores do regime patrimonial da família passa a ser informado pela prioridade absoluta dada à pessoa do filho. O critério hermenêutico, sintetizado na fórmula anglo-saxônica *the best interest of the child*, colhido por nossa mais sensível jurisprudência, adquire, entre nós, conteúdo normativo específico, informado pela cláusula geral de tutela da pessoa humana introduzida pelo art. 1º, III, da CF/88 e determinado especialmente no art. 6º<sup>50</sup> da Lei 8.069/90.<sup>51</sup>

Exsurge daí que a doutrina da proteção integral (art. 1º do ECA e art. 227 da CF/88) não só engloba o princípio do melhor interesse da criança, como é mais ampla, por deixar de ser mero critério de interpretação e se transformar em cláusula genérica.<sup>52</sup>

---

<sup>48</sup> “O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13.07.1990) concretizou e expressou os novos direitos da população infanto-juvenil, que põem em relevo o *valor intrínseco da criança* como ser humano e a necessidade de especial respeito a sua condição de *pessoa em desenvolvimento*”. (BARBOZA, H. H. *O princípio...* p. 204).

<sup>49</sup> “Art. 1584. Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições de exercê-la.”

<sup>50</sup> “Art 6º. Na interpretação desta lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”.

<sup>51</sup> TEPEDINO, G. *A disciplina...* p. 397.

<sup>52</sup> BARBOZA, H. H. *O princípio...* p. 206.

Quanto à aplicação obrigatória deste princípio, como forma de efetivação da dignidade humana em questões envolvendo crianças e adolescentes, colaciona-se parte de um voto do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:

Na apuração deste caso, o enfoque deve ser o do melhor interesse da criança, critério consagrado no direito comparado e revelado nas expressões *the best interest of the child* do direito norte-americano e no *kindeswohl* do direito germânico. A Constituição Federal brasileira, invocando princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 1º), assegura à criança o direito à dignidade e ao respeito.<sup>53</sup>

Resta claro, portanto, que, para a análise de qualquer caso em que crianças e adolescentes estejam envolvidas, é imprescindível a aplicação do princípio do melhor interesse da criança, para que se efetive a doutrina da proteção integral<sup>54</sup>.

Segundo Luiz Edson Fachin, este princípio se caracterizaria como: “(...) um critério significativo na decisão e na aplicação da lei. Isso revela um modelo que, a partir do reconhecimento da diversidade, tutela os filhos como seres prioritários nas relações paterno-filiais e não mais apenas a instituição familiar em si mesma”.<sup>55</sup>

Este autor, com base na doutrina internacional, colaciona alguns fatores a serem levados em consideração para se efetivar o melhor interesse no caso concreto:

- o amor e os laços afetivos entre o pai ou o titular da guarda e a criança;
- a habitualidade do pai ou do titular da guarda de dar à criança amor e orientação;
- a habilidade do pai ou titular da guarda de prover a criança com comida, abrigo, vestuário e assistência médica (os chamados alimentos necessários);
- qualquer padrão de vida estabelecido;
- a saúde do pai ou titular da guarda;
- o lar da criança, a escola, a comunidade e os laços religiosos;
- a preferência da criança, se ela tem idade suficiente para ter opinião;
- a habilidade do pai em encorajar contato e comunicação saudável entre a criança e o outro pai.<sup>56</sup>

Por fim, resta analisar as repercussões que esta nova forma de tratamento teve nas relações de família, especialmente quanto à filiação, adoção e paternidade.

---

<sup>53</sup> Resp. n. 4.987-RJ, 4ª Turma do STJ, Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. *Apud.* TEPEDINO, G. *A filiação...* p. 400.

<sup>54</sup> “Atualmente, a aplicação do princípio do *best interest* permanece como um padrão, considerando, sobretudo, as necessidades da criança em detrimento dos interesses de seus pais, devendo realizar-se sempre uma análise do caso concreto”. PEREIRA, T. da S. *Op. cit.* p. 218.

<sup>55</sup> FACHIN, L. E. *Da paternidade...* p. 125.

<sup>56</sup> FACHIN, L. E. *Ibid.* nota 23 p. 98.

De fato, houve enorme avanço em relação à filiação, principalmente, pelo reconhecimento da isonomia entre os filhos, independentemente de sua origem. Como bem assevera Heloísa Helena Barboza, tal proposição foi além da igualdade, pois significou a quebra da vinculação que havia entre o estado jurídico do filho e o estado civil dos pais.<sup>57</sup>

Quanto à paternidade, pode-se dizer que o princípio do melhor interesse da criança é um dos alicerces do vínculo estabelecido pelo afeto, resultando no conseqüente reconhecimento da paternidade socioafetiva.<sup>58</sup> Ademais, a lei 8.560/92, que estabelece a investigação oficiosa de paternidade, serve também para efetivar este princípio, pela facilitação do estabelecimento da relação paterno-filial, ainda que apenas em seu sentido biológico.

Da mesma forma, a adoção das pessoas de até dezoito anos passou a ser regulada inteiramente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>59</sup>, visando a atender a este princípio, como mais uma forma de efetivar a doutrina da proteção integral. Nesse contexto, o tratamento dado à adoção à brasileira deve levar em conta tais diretrizes, haja vista que interessa determinar a manutenção ou quebra do vínculo sempre a partir do que for melhor para o infante no caso concreto.

---

<sup>57</sup> “Observe-se que os filhos, até 1988, a rigor não tinham ‘vida jurídica própria’, uma vez que seu *status* jurídico encontrava-se atrelado à situação civil-familiar dos pais. Se esses fossem casados, os filhos eram legítimos, tendo plenos direitos; se não casados os genitores, ilegítimos eram os filhos, com diferentes direitos, vedada em alguns casos (filiação adulterina e incestuosa) a própria aquisição do estado de filho”. (BARBOZA, H. H. *O princípio...* p. 208).

<sup>58</sup> “A consequência imediata e maior da plena adoção da proteção integral da criança e do adolescente é admissão, em termos jurídicos, da denominada *paternidade afetiva*, que emerge da relação socioafetiva entre pais e filhos, quando ausente o vínculo biológico. De há muito a sabedoria popular reconheceu tal vínculo: *pai é quem dá o pão, amor e ensino*. (...) Indispensável salientar que o reconhecimento da paternidade afetiva não configura uma *concessão* do direito ao laço de afeto, mas uma verdadeira *relação jurídica* que tem por fundamento o vínculo afetivo, único, em muitos casos, capaz de permitir à criança e ao adolescente a realização dos direitos fundamentais da pessoa humana...” (BARBOZA, H. H. *Novas relações de filiação e paternidade*. In: PEREIRA, R. da C. (Coord.) *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 140). [itálico original].

<sup>59</sup> Quanto à adoção, é necessário frisar que o ECA a vê como medida excepcional (art. 19) e privilegia o laço biológico, pelo conceito que traz de família natural (art.25). Contudo, em virtude do princípio do melhor interesse da criança, é possível se fazer prevalecer a verdade socioafetiva sobre a biológica quando isto for mais benéfico para o filho.



## 5 POSSE DE ESTADO DE FILHO E ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

De acordo com Luiz Edson Fachin, a posse de estado de filho foi deixada como um conceito à margem do Código Civil de 1916, por opção do legislador, eis que se buscava privilegiar a verdade jurídica. Em suas palavras:

Nota-se que a noção de posse de estado somente tem sentido no âmbito de um sistema preocupado com um vínculo de compromisso entre a verdade biológica e a sócio-afetiva. Por tal razão ficou de fora do sistema codificado. O Código Civil compôs um sistema sem compromisso com a verdade biológica ou com a verdade social. Preocupou-se com a família legítima e para essa categoria de filhos dirigiu o favor da força da presunção legal de paternidade; colocou, pois, num plano superior a verdade jurídica.<sup>60</sup>

Ainda assim, sem que tenha havido tratamento expresse, a noção pode ser inferida a partir de indícios, especialmente quanto à prova, pelo papel subsidiário que o art. 309 do Código Civil de 1916 dava à posse de estado de filho.<sup>61</sup>

A realidade supracitada foi alterada substancialmente com o advento da Constituição Federal de 1988. Por força dela, a verdade jurídica tornou-se insuficiente para definir o *status* de filho, sendo permitida a busca da verdadeira filiação, seja biológica ou socioafetiva. Nesse novo sistema, a posse de estado de filho passa a ter papel fundamental, haja vista que é pela sua presença ou ausência que se define a existência dos elementos afetivo e sociológico para confirmar ou afastar o vínculo de filiação. Serve ainda para que se balanceie a “busca da base biológica da filiação com o sentido socioafetivo da paternidade”.<sup>62</sup>

---

<sup>60</sup> FACHIN, L. E. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 131.

<sup>61</sup> “Não há no Código [de 1916] referência expressa à posse de estado de filho. Implicitamente, forneceu indícios pelos quais se localiza a presença de elementos caracterizadores daquela noção. Tais indícios aparecem no campo da prova, representativo do papel subsidiário da posse de estado, e se localizam no art. 349 do Código Civil brasileiro. A idéia de posse de estado não é estranha ao Código, que dela lançou mão ao tratar do casamento”. (FACHIN, L. E. *Da paternidade...* p. 62).

<sup>62</sup> FACHIN, L. E. *Ibid.* p. 65.

Dessa forma, está patente que a posse de estado de filho tem como função primordial a probatória. A este respeito, é preciso observar que se trata de um conceito instrumental, pois a sua relevância só existe enquanto meio para demonstrar a verdade sociológica da filiação. Dentro desta função, pode-se dizer que “combinando-se com o ato registral, a posse de estado pode imprimir um caráter inatacável à filiação”.<sup>63</sup> Sinteticamente, define-se o papel desta noção pelos dizeres de Luiz Edson Fachin:

Há em doutrina a defesa de outras funções desse conceito, ultrapassando o terreno da prova. Uma dessas funções mostra-se no papel estabilizador da posse de estado, no qual passa do simples plano da prova para atuar no plano de fundo e constitui modo privilegiado de estabelecimento da filiação.

(...) É unânime o reconhecimento de que posse de estado constitui realidade sociológica tida em alta conta e que, em verdade, ela tem mesmo uma incidência de fundo: torna inatacável a filiação havida dentro do casamento quando coincide com o título de nascimento, ou, ao contrário, quando a torna, pela sua ausência, extremamente frágil.<sup>64</sup>

Resta salientar que a presença da posse de estado é imprescindível para definir a filiação sociológica, a qual se torna irretratável, não só no casamento quando coincidente com o título, mas também sempre que estiverem presentes os vínculos afetivos. Assim, também na adoção à brasileira há o estabelecimento da filiação socioafetiva pela posse de estado de filho de forma irrevogável.

## 5.1 ELEMENTOS DA POSSE DE ESTADO DE FILHO

Os elementos da posse de estado de filho são, basicamente, três: *nomen, tractatus e fama*. Ainda que seja unânime o entendimento desses elementos como principais formadores desse conceito, não há uma caracterização definida do que seriam ou como deveriam ser entendidos e analisados no caso concreto. Isso demonstra a natureza complexa desta noção, até por ser ela formada por fatos; é um fato social do qual são extraídas consequências jurídicas<sup>65</sup>.

As principais características da posse de estado de filho podem, mais uma vez, ser sucintamente definidas pelas palavras de Luiz Edson Fachin:

---

<sup>63</sup> FACHIN, L. E. *Ibid.* p. 66.

<sup>64</sup> FACHIN, L. E. *Ibid.* p. 67.

Em regra, as qualidades que se exigem estejam presentes na posse de estado são: publicidade, continuidade e ausência de equívoco.

A notoriedade se mostra na objetiva visibilidade da posse de estado no ambiente social; esse fato deve ser contínuo, e essa continuidade, que nem sempre exige atualidade, deve apresentar uma certa duração que revele estabilidade. Os fatos, enfim, dos quais se extrai a existência da posse de estado não devem causar dúvida ou equívoco.<sup>66</sup>

Destaque-se, ainda, que a presença do primeiro elemento, o nome, não é essencial para a caracterização da posse de estado de filho. Segundo Julie Cristine Delinski:

... entende-se através da doutrina que o uso do patronímico da família do pai não é elemento essencial para a configuração da “posse de estado”. Se há o uso dos apelidos de família, é natural que o fato corrobora para o conhecimento da paternidade. Mas bem pode ocorrer que nunca o filho tenha usado na composição de seu nome o patronímico do pai e, no entanto, restam comprovados os outros dois elementos – *trato* e *fama* –, a ausência do primeiro não compromete a conclusão a que se deve chegar na declaração de paternidade.<sup>67</sup>

Já os outros dois elementos, o tratamento e a reputação, são essenciais para a caracterização da posse de estado, uma vez que demonstram um cuidado contínuo e reiterado do pai para com a criança.<sup>68</sup>

Além disso, é preciso que se ressalte, como já foi dito anteriormente, que não há um conceito estanque do que sejam estes elementos ou sobre qual importância deva ter cada um deles na configuração da filiação socioafetiva, o que só se pode definir a partir do caso concreto.

---

<sup>65</sup> FACHIN, L. E. *Estabelecimento* ... p. 157.

<sup>66</sup> FACHIN, L. E. *Ibid.* p. 157-158.

<sup>67</sup> DELINSKI, J. C. *A questão da filiação sócio-afetiva: a nova concepção de família e o estabelecimento da paternidade com fundamento na “posse de estado de filho”*. Curitiba, 1995. 167f. Dissertação (Mestrado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. p. 32.

<sup>68</sup> “Os outros dois elementos (*tractatus* e *fama*) são capazes de demonstrar a ‘posse de estado’, revelando assim a paternidade sócio-afetiva, pois, constituindo-se esse instituto em verdadeiro estado de permanente e reiterado comportamento dos pais em relação ao filho, nada melhor do que buscar a sua caracterização através do tratamento que é despendido pelo suposto pai em relação ao filho. São esses elementos que fornecem densidade suficiente para o reconhecimento da ‘posse de estado’.” (DELINSKI, J. C. *Ibid.* p. 33).

## 5.2 CONTEÚDO DA POSSE DE ESTADO DE FILHO

A posse de estado de filho pode ser definida como “o exercício de fato representado pela aparência de um estado, donde se presume sua existência, de tal forma que ela permite provar a filiação de afeto”.<sup>69</sup>

Para se compreender esta noção, é preciso definir o conceito de estado. Recorre-se à lição de Orlando Gomes: “Estado (*statuts*), em direito privado, é noção técnica destinada a caracterizar a posição jurídica da pessoa no meio social. Pelo estado define-se a situação do indivíduo na sociedade política e na família. No fundo o estado é uma qualificação, que encerra elementos individualizadores da personalidade.”<sup>70</sup>

Segundo Jacqueline Filgueras Nogueira, o estado da pessoa se mostra em três âmbitos: político, individual e familiar. É a partir deste último que se infere o estado de filho, o qual costuma ser entendido, classicamente, como decorrente de um fato (procriação) ou de um ato jurídico (adoção). Afirma, ainda, que o estado possui quatro características fundamentais: indivisibilidade, indisponibilidade, imprescritibilidade e a aquisição mediante posse.<sup>71</sup>

A indivisibilidade impede que uma pessoa tenha mais de um estado ao mesmo tempo<sup>72</sup>. Enquanto que a indisponibilidade não significa que não pode haver alteração, mas tão somente que o estado é determinado compulsoriamente pela lei. Já há imprescritibilidade em relação ao estado de filho, especificamente, pelo fato de que o desuso não faz com que o direito decaia, podendo ser reivindicado a qualquer tempo. Finalmente, a aquisição mediante posse é entendida como tendo caráter eminentemente probatório.

---

<sup>69</sup> DELINSKI, J. C. *Ibid.* p. 42.

<sup>70</sup> GOMES, O. *Introdução ao direito civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 166.

<sup>71</sup> NOGUEIRA, J. F. *Op. cit.* p. 106.

<sup>72</sup> Jacqueline Filgueras Nogueira afirma que este critério acaba por reduzir a dimensão da filiação. Em suas palavras: “Essa característica afasta uma dimensão mais elasticada da filiação, pois dá a idéia de que uma criança só pode ter uma paternidade, impedindo a coexistência de outra como a paternidade biológica, a jurídica ou a sócio-afetiva”. (NOGUEIRA, J. F. *Ibid.* p 106-107).

Em relação a esta última característica, defende Julie Cristine Delinski que possui também função criadora, pois com o passar do tempo, pode ser suficiente para definir a filiação socioafetiva.<sup>73</sup>

### 5.3 DIREITOS REAIS E A POSSE DE ESTADO DE FILHO

Sustenta Jacqueline Filgueras Nogueira que:

Pode-se considerar que existe uma certa semelhança em relação aos elementos caracterizadores da “*posse de estado*”, tratamento e fama e os elementos essenciais da posse, *corpus* e *animus*. O *corpus*, da teoria objetiva de Ihering, que é relação exterior que revela aparência de propriedade, equivaleria à fama, sendo esta considerada a relação exterior que revela uma relação de paternidade ou de aparência de paternidade. E o *animus*, que é a vontade de proceder como normalmente procede o proprietário, corresponderia ao tratamento, sendo a vontade de tratar a criança, como trataria um pai. Mas o *animus*, em relação à “*posse de estado*”, se adapta à teoria subjetiva de Savigny, eis que o elemento “vontade” é necessário e característico da “posse de estado”.<sup>74</sup>

Nesse sentido, observa Julie Cristine Delinski que:

...vislumbra-se que posse – figura jurídica tão discutida e provada pelo Direito – e “posse de estado” – figura jurídica que, apesar de antiga, vem sendo retomada sob novo enfoque – possuem alguns pontos em comum, mas não se pode ir mais além, pois são situações que produzem efeitos distintos e nesses aspectos não podem ser tidas como similares. (...) a “posse de estado” ‘seria exatamente a exteriorização, pelo gozo efetivo, e socialmente reconhecido, da aparência de uma situação que corresponda a um estado’. Nessa definição a “posse de estado” assemelha-se à posse de direitos reais – ambas têm como última *ratio* ser uma espécie de publicidade que se vale do instrumento jurídico da aparência.<sup>75</sup>

Assim, mesmo sendo institutos de natureza jurídica distinta, por possuírem efeitos diferentes, é feita a comparação para facilitar a compreensão do que se pretende atingir através da posse de estado de filho, que é o estabelecimento da filiação socioafetiva.

<sup>73</sup> DELINSKI, J. C. *Op. cit.* p. 49. Francisco Amaral diverge da posição desta autora, segundo ele: “A posse de um estado não conduz, porém, à sua aquisição, sua função é meramente probatória”. (AMARAL, F. *Direito Civil*: introdução. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 239).

<sup>74</sup> NOGUEIRA, J. F. *Op. cit.* p. 121.

<sup>75</sup> DELINSKI, J. C. *Op. cit.* p. 53.

Belmiro Pedro Welter<sup>76</sup>, entretanto, rechaça o entendimento supracitado, que sustenta uma aproximação entre as características da posse de estado de filho e da posse de direitos reais, enumerando uma série de razões para tanto.

Primeiro, porque a relação que há entre pais e filhos a partir da Constituição Federal de 1988 não seria de posse e nem de domínio, mas sim de afeto, respeito e solidariedade, não havendo sequer hierarquia entre eles, sendo a sua convivência pautada pela busca da realização pessoal com o crescimento do outro. Dessa forma, para este autor, o mais correto seria falar em “*estado de filho socioafetivo*”, pelo amor construído no dia-a-dia.

Em segundo lugar, a crítica se voltaria para o fato de que a equiparação entre posse de filho e posse de direitos reais serviria tão somente como meio de manutenção da coisificação do filho, característica da família patriarcal do modelo anterior.

Em terceiro lugar, sustenta que o amor como fundamento existe tanto na família biológica quanto na sociológica, uma reflete a outra. Assim, não se deveria fazer esta distinção, porque ambas têm o mesmo objetivo, a busca da felicidade e desenvolvimento de seus integrantes a partir dos vínculos afetivos que os mantêm unidos. Defende, ademais, que somente com a presença da afetividade é que se torna possível sustentar uma família, qualquer que seja a sua origem.

Por fim, salienta não ser cabível a comparação com os direitos reais, porque o estado de filho socioafetivo deve cumprir as mesmas condições do filho biológico, já que há isonomia da filiação. Nas palavras deste autor:

... a filiação é uma imagem refletida entre pais e filho, sem discriminação, sem identificar-se com a voz do sangue ou a voz do coração, porquanto, quando uma pessoa ‘constante e publicamente, tratou um filho como seu, quando o apresentou como tal em sua família e na sociedade, quando na qualidade de pai proveu sempre as suas necessidades, sua manutenção e sua educação, é impossível não dizer que o reconheceu’. E isso não é posse nem domínio, mas, sim, a edificação do estado de filho, do estado de afeto.<sup>77</sup>

Em que pesem os argumentos colacionados, entende-se que a comparação tem caráter meramente didático, como forma de facilitar a compreensão do que seja a

---

<sup>76</sup> WELTER, B. P. *A igualdade nas filiações...* p. 153-154.

<sup>77</sup> WELTER, B. P. *Ibid.* p. 154-155.

posse de estado de filho, não havendo necessidade de se alterar a nomenclatura já consagrada.

#### 5.4 TEORIA DA APARÊNCIA E POSSE DE ESTADO DE FILHO

Mais que o estudo das características da posse de estado de filho, é necessária a análise da aparência, pois embora tenha grande similitude com a posse de estado, com esta não se confunde. Pela aparência, “pessoas que desfrutam de situação jurídica que na realidade não lhes corresponde são tidas pelos outros como se a possuíssem”<sup>78</sup>.

De acordo com Jacqueline Nogueira Filgueras:

Denota-se a aparência presente na “*posse de estado*” difere da aparência de direito patrimonial que, embora possuam noções similares, não se confundem: a aparência no direito patrimonial se restringe numa impressão causada sobre o público, somente considerada como fenômeno na medida em que impressiona os terceiros, ela apenas contém a fama. Mas a “*posse de estado*”, mais ambiciosa não se contenta apenas com essa aproximação exterior, visa também, perceber um fato desconhecido (interior), qual seja, o comportamento dos interessados traduzido na sua convicção. (...) Ressalta-se, ainda, que a “*posse de estado*” revela uma situação fática, onde seus efeitos se impõem “*erga omnes*”; enquanto a aparência no Direito Civil pode encobrir uma mentira, aproveitando apenas aos terceiros que por ela foram enganados.<sup>79</sup>

Outra diferença entre a aparência e a posse de estado está na duração, enquanto nesta a permanência no tempo é elemento essencial para a sua configuração, naquela a duração não é relevante, pois somente se percebe a sua existência quando já não está mais presente<sup>80</sup>.

Em síntese, “na aparência, o que se nota é a falta da qualidade de verdade: parece, mas não é. Na posse de estado, o que sobressai é a presença de uma relação paterno-filial: o que aparece é”.<sup>81</sup>

---

<sup>78</sup> DELINSKI, J. C. *Op. cit.* p. 53.

<sup>79</sup> NOGUEIRA, J. F. *Op. cit.* p. 126.

<sup>80</sup> DELINSKI, J. C. *Op. cit.* p. 57.

<sup>81</sup> FACHIN, L. E. *Da paternidade...* p. 61.

## 5.5 O NOVO CÓDIGO CIVIL E A POSSE DE ESTADO DE FILHO

No novo Código Civil não houve reconhecimento expresso da posse de estado de filho socioafetivo. Contudo, segundo Belmiro Pedro Welter<sup>82</sup>, é possível se fundamentar a existência da filiação socioafetiva pela conjugação de alguns dispositivos do novel diploma legal.

Primeiramente, o art. 1593, que ao tratar de parentesco faz referência a “outra origem” que não é nem a biológica e nem a civil, só podendo ser interpretada como a socioafetiva. Além dele, há o art. 1596 que repete a previsão constitucional de isonomia entre os filhos e o inciso V do art. 1597, haja vista que estabelece a prevalência da paternidade socioafetiva, pois na inseminação heteróloga a verdade biológica e a socioafetiva, necessariamente, não coincidem.

O doutrinador faz referência, ainda, ao art. 1603, que prevê como prova da filiação a certidão do registro de nascimento e, por fim, menciona o inciso II do art. 1605, que estabelece que as presunções podem ser meio de prova da filiação.

---

<sup>82</sup> WELTER, B. P. *Da igualdade nas filiações...* p. 161-162.



## 6 PATERNIDADE

Conforme demonstrado anteriormente ao se tratar da evolução histórica da família e da filiação, a paternidade já teve diversas configurações dentro do ordenamento jurídico pátrio. Na vigência do Código Civil de 1916 valia apenas a verdade jurídica, estabelecida pelo casamento com a presunção *pater is est* ou pelo reconhecimento dos filhos nascidos fora do matrimônio, nos casos em que isto era permitido.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e a evolução da ciência passou a ser possível a determinação da verdade biológica<sup>83</sup>, a qual deixou de ser proibida para tornar-se quase absoluta.

Atualmente, uma terceira vertente também deve ser considerada, a verdade socioafetiva, formada por laços de afeto, uma vez que a biologia não é suficiente para definir a paternidade, pois “pai” e “ascendente genético” podem ser pessoas distintas.

Assim, a grande questão é definir o que seria a verdadeira paternidade. Ao tratar do tema, os ensinamentos de Luiz Edson Fachin demonstram porque esta resposta é tão complexa:

É possível, por um lado, reconhecer a paternidade na visibilidade das relações entre pai e filho, pois esse liame se constrói, não é apenas um ‘dado’. A paternidade se faz.

Na origem do sangue, por outra parte, a paternidade também se apresenta, embora pai possa não ser quem emprestou a sua colaboração na geração genética da pessoa.

Com ou sem os laços de afeto e de sangue, a seu turno, a norma jurídica do mesmo modo, encarrega-se de determinar a paternidade; contudo, pai também pode não ser aquele a quem o ordenamento jurídico presuntivamente atribui paternidade.<sup>84</sup>

Dessa forma, fica claro que não há uma verdade, “mas sim uma acepção plúrima do que se revela e se constrói verdadeiro”.<sup>85</sup> Exatamente por isso, a seguir, serão analisadas as diferentes formas pelas quais a paternidade se mostra.

---

<sup>83</sup> Quanto à verdade biológica, existe a Lei 8.560/92, que determina a investigação oficiosa da paternidade, facilitando o estabelecimento do ascendente genético.

<sup>84</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade...* p. 21-22.

## 6.1 SENTIDO JURÍDICO

O Direito estabelece a paternidade de duas formas: pela presunção *pater is est* quanto aos filhos oriundos do casamento e pelo reconhecimento do filho, seja ele voluntário ou imposto.

### 6.1.1 Presunção *Pater Is Est*

A presunção *pater is est* foi criada com a função de definir a paternidade dos filhos havidos durante o casamento; a partir dela, presumem-se os filhos nascidos de mulher casada como sendo de seu marido, atrelando a paternidade ao vínculo matrimonial, pela própria concepção de família que se tinha no Código Civil de 1916<sup>86</sup>, a qual era tutelada enquanto instituição para manutenção da “paz social”.

Segundo Luiz Edson Fachin: “Trata-se, enfim, de uma presunção legal. (...) o legislador parte de um fato conhecido (nascimento de um filho de mãe casada) para a determinação de um fato desconhecido (quem é o pai), recorrendo a um juízo de normalidade (probabilidade) que lhe permite chegar, sem necessidade de averiguação casuística, a um resultado verdadeiro (conforme a realidade das coisas: o pai é o marido da mãe)”.<sup>87</sup>

Resta patente que a presunção *pater is est*, hoje em dia, não é suficiente para definir o que seja pai, por se tratar de mera ficção jurídica. Belmiro Pedro Welter chega a defender que não mais existe em nosso ordenamento jurídico a filiação formal decorrente da presunção de paternidade e maternidade<sup>88</sup>.

---

<sup>85</sup> FACHIN, L. E. *Op. cit.* p. 29.

<sup>86</sup> Quanto à concepção de família no Código Civil de 1916 vide item 2.1.

<sup>87</sup> FACHIN, L. E. *Estabelecimento...* p. 36.

<sup>88</sup> “Em habitando no ordenamento jurídico brasileiro tão-só as filiações biológica e sociológica, está extinta a filiação formal, ficção jurídica, mera presunção de paternidade e maternidade. Não se trata, com isso, de uma desbiologização da filiação genética, mas, sim, de um fortalecimento das duas perfilhações biológica e sociológica; a primeira, porque, com a produção de exame genético em DNA, a paternidade e a maternidade são comprovadas com certeza científica; a

Não obstante o posicionamento supracitado, entende-se que a presunção de paternidade ainda permanece, até pelo fato de que foi mantida e teve, inclusive, a sua incidência ampliada pelo Código Civil de 2002. A única diferença é que, a partir da Carta Magna, a verdade jurídica não é absoluta, podendo ser desconsiderada quando estiver em dissonância com a verdade biológica ou socioafetiva.

Conforme já dito, o rol de aplicação da presunção *pater is est* foi ampliado pelo Novo Código Civil, passando a incluir também os filhos resultantes de inseminação artificial, nos incisos III a V do artigo 1597<sup>89</sup>. Engloba tanto a sua forma homóloga, em que a verdade jurídica coincide com a biológica, quanto a heteróloga, em que a fecundação é feita com sêmen de terceiro. Nesta é necessário o consentimento do marido, pois não há vínculo biológico entre ele e a criança. Este último inciso diferencia ascendência genética e paternidade, esta passa a ser fragmentada. Aqui, o sentido da presunção define o “pai jurídico, em sentido pleno, por ter desejado o filho e por ter previamente concordado”.<sup>90</sup>

Portanto, ainda que por vias transversas, o Código Civil de 2002 recepcionou a verdade socioafetiva ao incluir a inseminação artificial heteróloga consentida como hipótese de paternidade presumida.

---

segunda, com o acolhimento da família eudemonista e da igualdade entre todos os filhos pela Constituição Federal de 1988, o afeto, a solidariedade, o amor, o desvelo, a felicidade têm valor jurídico, foram, enfim, institucionalizados”. WELTER, B. P. *Igualdade entre as filiações...* p. 265.

<sup>89</sup> “Art. 1597: Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

<sup>90</sup> FACHIN, L. E. Entrevista concedida ao Boletim IBDFAM de mar./abr. 2003. Ao tratar da inseminação heteróloga, continua salientando que: “É, com efeito, um exemplo interessante e paradoxal: o paradoxo está em que a técnica revela imenso avanço da ciência na reprodução humana, na “criação da vida”, por assim dizer, ao mesmo tempo em que o valor jurídico está precisamente em outro campo, no afeto, na ausência desse biologismo. Na ponta mais avançada da engenharia genética o fio do progresso científico alcança algo valioso fora do biologismo”.

O tratamento dado pelo novel diploma legal veio a consagrar o entendimento defendido por Luiz Edson Fachin<sup>91</sup>, já no sistema do Código Civil de 1916. Segundo ele, não seria cabível a ação negatória de paternidade, por impossibilidade jurídica do pedido, quando o marido consentisse que sua esposa se submetesse a uma inseminação heteróloga. O consentimento afastava a possibilidade de impugnação posterior, haja vista que o marido sabia da inexistência de liame biológico entre ele e o filho.

Dessa forma, a presunção de paternidade ainda existe em nosso ordenamento, mas não tem o caráter absoluto de que se revestia na vigência do Código Civil de 1916. Isso pode ser demonstrado a partir da imprescritibilidade da ação negatória de paternidade. Se antes havia rígidos limites, prazos muito exíguos, legitimidade exclusiva do cônjuge varão e rol taxativo de motivos, para a ação de quebra da paternidade jurídica; hoje, é imprescritível tanto para o pai quanto para o filho, por tratar-se de ação referente ao estado da pessoa.

A previsão da imprescritibilidade de forma expressa é uma inovação introduzida pelo Código Civil de 2002<sup>92</sup>, o qual a chama de ação de contestação da paternidade. Esta continua sendo atribuível ao marido, mas não exclusivamente. Contudo, se antes o prazo era muito exíguo, agora não há prazo algum, algo que pode trazer problemas, pois passamos de um extremo a outro.<sup>93</sup>

Rose Melo Vencelau<sup>94</sup> discorda do disposto no Código, pelo fato de ser imprescritível tanto para o pai quanto para o filho. Segundo ela, a imprescritibilidade só se justificaria para o filho, pois é seu o *status* que se altera com este tipo de ação.

---

<sup>91</sup> FACHIN, L. E. A tríplece paternidade dos filhos imaginários. In: WAMBIER, T. A. A. e LEITE, E. de O. (Coord.) *Repertório de doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo, v. 2, 1995. p. 180.

<sup>92</sup> “Art. 1601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível”.

<sup>93</sup> Estas considerações refletem os ensinamentos de Edson Fachin em palestra proferida no Salão Nobre da Faculdade de Direito da UFPR, em 12/07/2003.

<sup>94</sup> “(...) quando se trata de ação investigatória de paternidade, está-se diante de ação positiva provocada pelo diretamente interessado, isto é, aquele que terá seu *status* alterado; quando se trata de ação negatória de paternidade, está-se diante de ação negativa, onde uma pessoa pretende alterar o *status* de outra. A imprescritibilidade deveria dar-se apenas nas ações positivas”. (VENCELAU, R. M.

Defende, ainda, que em relação ao pai deve haver prazo, até como forma de evitar que aqueles que já soubessem da inexistência de liame biológico se aproveitem disso, posteriormente.<sup>95</sup>

Apesar da polêmica acerca da imprescritibilidade, entende-se que a questão central não está propriamente no prazo para ajuizamento da ação de impugnação da paternidade. Em verdade, a pertinência desta demanda está diretamente relacionada com o desconhecimento da inexistência de liame biológico e o entendimento de que este seria o formador do vínculo da relação paterno-filial.

Assim, se o indivíduo acreditava ser o genitor da criança e a acolheu como filha apenas por isso, rejeitando-a no momento em que descobre que tal fato não é verdadeiro, não deve ser mantido o vínculo jurídico, porque inexistente laço sociológico.

Totalmente diferente é o caso em que a pessoa registra o infante como seu filho, ciente da inexistência de vínculo biológico, como ocorre na adoção à brasileira e, posteriormente, busca impugnar o registro alegando este motivo. Nesta segunda hipótese, a imprescritibilidade não vai ser prejudicial à criança, porque se o registro consiste em um ato voluntário e consciente de reconhecimento como filho, apesar de inexistir vínculo genético, há impossibilidade jurídica do pedido de impugnação pelo declarante, uma vez que deu o seu consentimento para o estabelecimento dessa relação

---

Status de filho e direito ao conhecimento da origem biológica. In: RAMOS, C. L. S. et al. (Org.) *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 383 e 399).

<sup>95</sup> Já Alessandra Moraes Alves de Souza e Furtado defende a imprescritibilidade também quanto ao pai, em caso de erro, isto é, quando este conhece somente depois de muitos anos que não havia vínculo biológico entre ele e a criança e passa a rejeitá-la por isso. Em suas palavras: “Entendemos que assim como é garantido ao filho o direito de conhecer sua origem biológica, mesmo que para isso seja necessário desconstituir uma paternidade anteriormente declarada, da mesma forma ao pai declarante que de posse da verdade, demonstra o desejo de desconstituir essa paternidade que, sendo induzido a erro reconheceu, a Justiça tem o dever de conceder-lhes o direito a ingressar com a ação. Até porque o próprio desejo de desconstituir a paternidade prova que o laço de afeto não era tão forte assim, tornando-se a manutenção da paternidade algo ofensivo aos próprios interesses da criança. Assim, entendemos que vieram em boa hora as modificações previstas no Novo Código Civil, que torna imprescritível a ação que poderá ser intentada pelo marido a fim de contestar a paternidade do filho advindo do casamento...” (FURTADO, A. M. A. de S. e. *Paternidade Biológica X Paternidade Declarada: quando a verdade vem à tona*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 13, abr./jun. 2002. p. 19).

sem qualquer vício de vontade. Além do que, não se admite que alguém se beneficie da própria torpeza.

#### 6.1.2 Reconhecimento da Paternidade<sup>96</sup>

No reconhecimento voluntário da paternidade, não incide nenhuma presunção jurídica; a pessoa vai até o Cartório de Registros de Nascimento e se auto-intitula pai da criança. Não se exige a comprovação da existência de um liame biológico entre o declarante e o filho. Na verdade, não existe esse requisito, seja na Lei de Registros, no Código Civil ou na Constituição. Trata-se da própria concepção que se tem de filho e de pai, as quais são automaticamente ligadas à noção de vínculo biológico.

Contudo, como já foi dito anteriormente, paternidade não se define simplesmente pelos dados da genética, apesar destes serem pressupostos para a existência da filiação. Além deles, devem ser considerados os vínculos sociológicos, para que se possa realmente definir quem é pai, pois este é um ato eminentemente de vontade.

Dessa forma, quando a pessoa comparece, espontaneamente, e registra a criança como seu filho, sabendo inexistir liame biológico, não pode querer negar a paternidade posteriormente. A propósito, pode ser feito um paralelo entre o registro na adoção à brasileira e o entendimento supracitado do professor Luiz Edson Fachin<sup>97</sup> em relação à impossibilidade de contestação da paternidade na inseminação heteróloga consentida.

Portanto, pode-se dizer que, no caso da adoção à brasileira, ou seja, quando a pessoa registra a criança como sendo seu filho, não se pode pretender contestar tal paternidade posteriormente, pois já se sabia que não havia vínculo biológico no momento em que procedeu ao registro. Nesse caso, o pai não pode contestar a paternidade, porque não declarou a sua vontade de forma viciada, não houve erro;

---

<sup>96</sup> Neste trabalho interessa analisar apenas o reconhecimento voluntário da paternidade.

<sup>97</sup> FACHIN, L. E. *A trílice...* p. 180.

sabia que não havia vínculo biológico e, mesmo assim registrou a criança, exatamente com o intuito de torná-la sua filha do ponto de vista jurídico.

Aqui, a natureza jurídica da filiação se dá pelo papel que se atribui à vontade do pai, utilizando-a como determinante da relação paterno-filial<sup>98</sup>.

Nesse sentido, já existem julgados que têm entendido ser o reconhecimento voluntário da paternidade irretratável quando estiver caracterizada a posse de estado de filho, pela configuração da filiação sociológica. Tal posicionamento se demonstra em acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Se foi o próprio recorrido a pessoa que compareceu ao cartório e fez as declarações de registro, não pode ela agora procurar anulá-la para beneficiar-se da anulação, principalmente em prejuízo de quem não participou do ato e nem podia participar, por ser menor de idade. Durante muitos anos de convivência entre a apelante e o apelado, este se comportou como um pai verdadeiro, assumindo a recorrente como filha, implementando faticamente a declaração jurídica afirmada no registro civil. A declaração de vontade tendente ao reconhecimento voluntário da filiação, admitindo alguém ser o pai ou a mãe de outra pessoa, uma vez aperfeiçoada, torna-se irretratável. A exemplo do que ocorre com os demais atos jurídicos, a invalidação pode verificar-se em razão de erro, dolo, coação, simulação ou fraude. É de sabença geral que ninguém pode alegar, em seu benefício, a própria torpeza.<sup>99</sup>

Dessa forma, quando o pai reconhece o filho, de forma voluntária, ciente da inexistência de vínculo biológico, é inadmissível que, posteriormente, alegue tal fato para desconstituir a paternidade<sup>100</sup>.

## 6.2 SENTIDO BIOLÓGICO

Com a evolução da ciência, através do exame pericial de DNA, passou a ser possível, com altíssimo grau de certeza, definir a ascendência genética de alguém. Dessa forma, a verdade biológica passou não só a ser algo atingível, mas também entronizado como a única forma possível de se definir a paternidade.

Sustenta Alessandra Morais Alves de Souza e Furtado que:

A difícil decisão de dar um pai ao filho, enfrentada pelos juízes de todo país, como que por encanto, parecia ter sido resolvida. Maravilhados com a perspectiva de pôr fim às incertezas

---

<sup>98</sup> FACHIN, L. E. *Da paternidade...* p. 54.

<sup>99</sup> Ac do TJMG, Ac 117.577/7, 2ª Câm. Civ. Rel. Rubens Xavier Ferreira, j. 09.03.1999. *Apud* WELTER, B. P. *Igualdade entre as filiações...* p. 195.

<sup>100</sup> Aqui, a paternidade está no sentido de vínculo jurídico que se forma entre pai e filho.

advindas das Ações de Investigação de Paternidade, os operadores do Direito de Família agarraram-se ao exame de DNA como se esse fosse um milagre enviado pelos céus.

O DNA havia chegado para pôr fim às incertezas que envolviam as ações de paternidade, e o que antes era deduzido por força de lei (*pater is est quem justae nuptiae demonstrant*), ou por sentença judicial baseada em provas indiciárias e na convicção do juiz, passou a ser baseado em um dado concreto fornecido pela ciência e com baixíssima margem de incerteza.<sup>101</sup>

Paulatinamente, percebeu-se que mesmo que o liame genético seja pressuposto para a existência de um filho, não é, por si só, suficiente para explicar a paternidade<sup>102</sup>. Assim, ainda que o exame pericial de DNA represente um enorme avanço não pode ser considerado como prova única e irrefutável, uma vez que podem ocorrer falhas na elaboração do exame ou na leitura de seu resultado. Até porque, pai e genitor não se confundem, aquele representa uma noção muito mais ampla que pode ou não coincidir com os dados biológicos.

Portanto, a verdade biológica hoje é possível, mas não é absoluta, porque representa apenas uma das facetas da paternidade.

### 6.3 SENTIDO SOCIOLÓGICO

A paternidade sociológica é algo que se constrói e está relacionado com a posse de estado de filho (nome, tratamento e notoriedade/fama) e, embora, não tenha havido o reconhecimento expresso desse conceito na legislação pátria, de acordo com Luiz Edson Fachin<sup>103</sup>, pode ser inferido a partir do inciso II do art. 349 do Código Civil de 1916 e do § 6º do art. 227 da Constituição Federal de 1988.

O estabelecimento da relação paterno-filial, por força do vínculo socioafetivo, passa obrigatoriamente pelos princípios da igualdade, da inocência e da não-

---

<sup>101</sup> FURTADO, A. M. A. de S. e. *Op. cit.* p. 15.

<sup>102</sup> Assevera Maria Christina de Almeida que: “(...) a verdadeira paternidade, sob as luzes da Carta Constitucional, não pode ser concebida como dado puramente biológico, mas deve ser construída dentro de uma realidade histórico-cultural, informada pela prioridade absoluta à pessoa do filho”. (ALMEIDA, M. C. de. *Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 155-156).

<sup>103</sup> FACHIN, L. E. Entrevista ao Boletim IBDFAM de mar./abr. 2003.



discriminação da filiação. Além disso, o já referido art. 1593 do Código Civil de 2002, reconheceu, de forma implícita, o afeto como formador de vínculos ao afirmar que o parentesco é definido pela consangüinidade ou “outra origem”.

Outrossim, a jurisprudência já tem reconhecido a sua existência, mesmo sem previsão legal expressa. A propósito, vale citar acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul como exemplo:

A despeito da ausência de regulamentação em nosso direito quanto à paternidade sociológica, a partir dos princípios constitucionais de proteção à criança (art.227 da CF), assim como da doutrina da integral proteção consagrada na Lei 8.069/1990 (especialmente nos arts. 4º e 6º), é possível extrair os fundamentos que, em nosso direito, conduzem ao reconhecimento da paternidade sócio-afetiva, revelada pela ‘posse de estado de filho’, como geradora de efeitos jurídicos capazes de definir a filiação.<sup>104</sup>

Nesse sentido, ainda, salienta Jacqueline Filgueras Nogueira:

Na prática social, as relações de afeto são mais importantes que as oriundas de consangüinidade, pois o entendimento majoritário é de que pais são os que criam, não os que procriam, de tal forma que se deve considerar como verdadeiro pai aquele que, embora não o seja do ponto de vista biológico, é o homem que ama, cria, educa e alimenta uma criança, assumindo todas as funções inerentes de pai, sendo este considerado como tal pela criança. A filiação nesse caso é verificada por uma manifestação espontânea dos pais sociológicos, que, por pura opção, efetivamente mantêm um vínculo de filiação, ao desempenhar um papel protetor, educador e emocional de pais, devendo estes ser considerados como os verdadeiros pais em casos de conflitos de filiação.<sup>105</sup>

Em relação à paternidade sociológica, resta salientar por fim, um trecho de um julgado do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal: “um pai pode tratar um filho de muitos e variados modos: cuidar da alimentação, do vestuário e do calçado; proporcionara instrução possível; procurar apagar as tristezas e colaborar nas alegrias... Dir-se-á que em termos afectivos, dificilmente se encontrará expressão mais eloqüente de tratamento do que o chamamento de filho e a aceitação do chamamento de pai”.<sup>106</sup>

<sup>104</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ementa. AI 599296654. Relator: Luis Felipe Brasil Santos, Unânime, j. 18.08.1999. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br/jurisprudência>> Acesso em: 10 ago. 2003.

<sup>105</sup> NOGUEIRA, J. F. *Op. cit.* p. 56.

<sup>106</sup> Este acórdão foi publicado no Boletim do Ministério da Justiça de Portugal (378): 740-52, jul. 1988. *Apud.* FACHIN, L. E. *Da paternidade...* p. 68. Este doutrinador se referiu a este julgado como sendo um “exemplo paradigmático do reconhecimento da base ambivalente (socioafetiva e biológica) da paternidade”. (FACHIN, L. E. *Ibid.* p. 193).

Finalmente, ainda que a paternidade possa se apresentar de diversas maneiras é a partir do afeto, do laço construído no cotidiano, que ela se mostra de forma mais incisiva, porque o vínculo existente é resultado de uma opção contínua de “amar e servir”<sup>107</sup>.

---

<sup>107</sup> “Ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quanto na circunstância de amar e servir”. (VILLELA, J. B. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 2121, maio 1979. p. 408). Nesse sentido, merecem destaque as palavras de Maria Christina de Almeida: “... dentre as várias perspectivas a partir das quais se visualiza a paternidade na virada do milênio, não é o vínculo biológico o determinante da união entre pais e filhos, vez que é suplantado pelo elo socioafetivo que se pode estabelecer entre ambos, este sim compatível com a noção de família como núcleo de afetividade e realização pessoal de seus membros”. (ALMEIDA, M. C. de. *Op. cit.* p. 164).

## 7 INSTITUTO JURÍDICO DA ADOÇÃO

Antes de se tratar especificamente da adoção à brasileira, é preciso analisar a adoção em si. Este instituto já teve diversas feições no ordenamento jurídico brasileiro. Inicialmente, foi pensado como um meio de se dar herdeiros a quem não tinha filhos biológicos. Hoje, pelo princípio da proteção integral da criança e do adolescente<sup>108</sup>, tem como intuito principal dar uma família a uma criança.<sup>109</sup> De forma sintética, atualmente, “adotar significa, primordialmente, estabelecer laços jurídicos perpétuos de filiação”<sup>110</sup>.

A toda evidência, portanto, a adoção deixou de ter o caráter patrimonialista anterior, buscando proporcionar o melhor meio de desenvolvimento da personalidade para a criança: a entidade familiar. Isto é: o ponto de partida é a busca do que for melhor para o adotando.

Nesse sentido, insta ressaltar a comparação feita por Lídia Natália Dobrianskyj Weber entre o sentido etimológico da palavra adotar em latim e em ucraniano: “Diferentemente da raiz latina *adoptio*, que significa ‘optar, escolher’, em ucraniano

<sup>108</sup> “Art. 227 CF: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

<sup>109</sup> O depoimento de um pai adotivo deixa claro que a família não está restrita à consangüinidade e que toda criança tem direito a pertencer a uma entidade familiar: “Para que possamos exercer plenamente a paternidade/maternidade, basta que estejamos amadurecidos para tal. Por isto, pais biológicos optam com igual sucesso pela adoção e indivíduos com dificuldades de gerarem biologicamente os seus filhos poderiam evitar maiores danos psicológicos se a adoção se tornasse uma alternativa mais visível e natural em nosso meio social. A construção de relações familiares pode prescindir da geração biológica. A sociedade, por sua vez, tem a obrigação moral de assegurar uma família para as crianças órfãs ou que tenham geradores biológicos incapazes de exercerem o seu papel social de pai ou mãe”. As palavras desse pai são fundamentais para demonstrar que os filhos adotivos são tão filhos quanto os biológicos, não só porque a Constituição estabeleceu o princípio da plena igualdade entre os filhos, mas sim, e principalmente, porque os filhos, independente de sua origem, são e devem ser amados da mesma maneira. (WEBER, L. N. D. *Laços de ternura: pesquisas e histórias de adoção*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1999. p. 154).

<sup>110</sup> BARROS, F. S. *Op. cit.* p. 229.

a palavra para adoção é *usenovete*, que significa ‘tornar filho’. De fato, o significado é muito mais correto e próximo da verdade: na adoção verdadeira o que acontece é transformar uma pessoa que não tem o mesmo sangue, em filho. Os laços de sangue perdem a importância e são **construídos laços de ternura, laços de amor**”.<sup>111</sup>

Portanto, na adoção, a verdade biológica deixa de ser considerada como elemento essencial, pois o que importa são os laços construídos pelo afeto. De acordo com Luiz Edson Fachin: “Dizer da adoção no espelho jurídico como ato solene apto a estabelecer o vínculo da filiação é compreender menos. Apreender o mais é relegar a idéia segundo a qual o adotivo vem na condição de filho e assim é aceito por alguém que lhe é estranho. Nada disso. É na adoção que os laços de afeto se visibilizam desde logo, sensorialmente, superlativando a base do amor verdadeiro que nutrem entre si pais e filhos”.<sup>112</sup>

Nesse sentido também é o posicionamento de Jacqueline Filgueras Nogueira:

Quantas vezes, infelizmente, o filho biológico não é desejado? Essa é uma situação que não ocorre com o filho adotivo. A adoção é assentada sob o princípio da liberdade, é uma paternidade de primeira classe<sup>113</sup>, porque é pensada, desejada e escolhida, em pé de igualdade ou superior à biológica, dado o seu teor de autodeterminação.

Mas importante ressaltar que toda filiação é adotiva, uma vez que, mesmo sendo um filho biológico, se não houver a aceitação dele por seus pais, a vinculação afetiva não perfaz, não configurando, portanto, a verdadeira filiação.<sup>114</sup>

Denota-se daí que, a adoção é uma das formas de estabelecimento da filiação socioafetiva, tendo como diferencial o fato de ser chancelada pelo Poder Público, uma vez que se trata de procedimento judicial, buscando sempre a efetivação do melhor interesse da criança.

---

<sup>111</sup> WEBER, L. N. D. *Op. cit.* p. 135. [negrito original].

<sup>112</sup> FACHIN, L. E. *Elementos críticos do direito de família*: curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.p. 216.

<sup>113</sup> “A paternidade adotiva não é uma paternidade de segunda classe. Ao contrário: suplanta, em origem, a de procedência biológica, pelo seu maior teor de autodeterminação. (...) a adoção prefigura a paternidade do futuro, por excelência enraizada no exercício da liberdade. Somente ao pai adotiva é dada a faculdade de um dia poder repetir aos seus filhos o que CRISTO disse aos seus apóstolos: “Não fostes vós que me escolhestes, mas fui eu que vos escolhi a vós”. (VILLELA, J. B. *Desbiologização...* p. 416).

<sup>114</sup> NOGUEIRA, J. F. *Op. cit.* p. 94-95.

A este respeito, cumpre frisar que o Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme referido anteriormente, veio para dar efetividade às previsões constitucionais de proteção integral às crianças e aos adolescentes. Este diploma legal passou a regular todas as adoções envolvendo os menores de dezoito anos, as quais devem ser assistidas pelo Poder Público, conferindo ao filho adotivo os mesmos direitos e deveres do filho biológico.

Mais que isso, a colocação em família substituta (guarda, tutela ou adoção) passa a ser vista como medida excepcional<sup>115</sup>, apenas quando não fosse possível a sua manutenção na família de origem, não sendo a má situação econômica motivo suficiente para ensejar ou suspender o pátrio poder, como previa o Código de Menores anteriormente.

Assim, a adoção só será concedida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos, não sendo conferida a quem demonstrar incompatibilidade com a natureza da medida ou não oferecer ambiente familiar adequado.

Ainda com o advento do ECA, a idade mínima do adotante passou a ser de 21 anos, coincidindo com a maioridade civil de então, já a diferença de idade entre adotante e adotado continuou sendo de dezesseis anos.

Não podem adotar os ascendentes ou irmãos do adotando. Tal previsão se fundamenta no fato de que deve haver total desligamento da criança em relação à sua família biológica, exceto quanto aos impedimentos matrimoniais, criando um novo vínculo em relação à família adotiva.

Há um procedimento para que a adoção judicial se efetue, com previsão, inclusive, de estágio de convivência, sendo a mesma irrevogável e conferindo ao filho adotivo os mesmos direitos e deveres dos biológicos, até porque a Constituição veda qualquer previsão em sentido contrário.

---

<sup>115</sup> “Art. 19 do ECA. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurando a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.”

Já com o advento do novo Código Civil alteram-se as normas para a adoção de maiores de 18 anos e há necessidade de compatibilização entre as previsões deste e o que dispõe o ECA, por ser este último uma lei especial.

De acordo com a nova codificação, acolheu-se o princípio constitucional de igualdade entre os filhos, em seu art. 1596, vedando, inclusive, qualquer espécie de designação discriminatória.

No art. 1618, determina-se que apenas pessoas maiores de dezoito anos podem adotar. Logo, esta passa a ser a idade mínima, uma vez que o ECA havia previsto o limite de vinte e um anos, vinculado à maioridade civil. No que toca à diferença mínima de idade entre adotante e adotado, por sua vez, manteve-se, no art. 1619, o previsto pelo Estatuto, isto é, dezesseis anos.

Já o art. 1623 traz previsão polêmica ao estabelecer que todo processo de adoção, inclusive os que envolverem maiores, deverá ser feito através de processo judicial com intervenção do Ministério Público. Já existem posições doutrinárias contrárias<sup>116</sup> a esta previsão, por ser uma burocratização desnecessária, especialmente, quando ambos os sujeitos forem capazes.

---

<sup>116</sup> PEREIRA, T. da S. Da adoção. In: DIAS, M. B. e PEREIRA, R. da C. (Coord.) *Direito de família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 134. Também contrário a esta previsão, em casos de adoção de maiores de dezoito anos, é o posicionamento do professor Luiz Edson Fachin, em palestra proferida no Salão Nobre da Faculdade de Direito da UFPR, dia 11/07/2003.

## 8 ADOÇÃO À BRASILEIRA: CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A chamada adoção à brasileira se caracteriza pelo registro de filho alheio como próprio, isto é, mesmo ciente da inexistência de liame biológico entre o declarante e a criança, esta pessoa vai voluntariamente até um Cartório e registra o infante como seu filho. Para aqueles que entendem que a relação paterno-filial se estabelece tão somente a partir do vínculo biológico, tendo o registro apenas a função de reconhecer juridicamente tal ligação, seria caso de falsidade, pois a pessoa que registra não é o genitor da criança. Realmente, não se pode olvidar que o registro tem natureza declaratória, mas o que se pretende demonstrar é que o vínculo declarado também pode ser estabelecido a partir da verdade socioafetiva, não tendo necessariamente que corresponder aos dados biológicos.

### 8.1 MOTIVOS

Existem muitos mitos a respeito da adoção, especialmente, a idéia de que é um processo demorado e burocratizado. Em virtude disso, muitas pessoas optam por adotar à brasileira, ou seja, pelo reconhecimento de filho alheio como se fosse próprio, através do simples registro em Cartório.

Além do entendimento de que o processo regular, judicial, é muito demorado e difícil, Valdir Sznick<sup>117</sup> arrola outros motivos que levam uma pessoa a adotar à brasileira: o medo de que a criança venha a saber da verdade, o intuito de lucro dos pais biológicos e o desconhecimento.

Quanto ao primeiro motivo, este não passa de um mito. Em Curitiba, por exemplo, o tempo de espera não costuma exceder os nove meses que seriam necessários para uma gestação<sup>118</sup>. Até porque, este período é fundamental não só para

---

<sup>117</sup> SZNICK, V. Crimes cometidos contra a adoção. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo, v. 114, n 17, jul. 1993. p. 65-66.

que se verifique se a pessoa está apta para adotar, mas também para que esta se prepare, principalmente do ponto de vista psicológico, para receber um novo filho.

Ademais, o tempo de demora é diretamente proporcional ao grau de exigência daqueles que se cadastram junto à Vara de Infância e Juventude, haja vista que existem mais crianças para serem adotadas do que pessoas para adotar. Contudo, a maioria dos adotantes procura por bebês e quer que estes tenham características físicas parecidas com as suas, o que dificulta e torna o processo mais longo.

Em relação ao medo de que as crianças saibam que não são filhos biológicos, este temor é infundado, uma vez que com a adoção regular é feito um novo registro constando o nome do pai ou da mãe ou dos pais adotivos e seus ascendentes, sem nenhuma indicação de que esta criança foi adotada.

Além do mais, este risco existe realmente e é muito maior quando se trata da adoção à brasileira, visto que neste caso há uma simulação e o registro é passível de anulação, podendo até mesmo, em algumas hipóteses mais extremas, a criança ser devolvida aos pais biológicos ou encaminhada para uma instituição de amparo ao menor.

Outrossim, o interesse em esconder a verdade pode ser mais prejudicial do que benéfico, uma vez que a relação estará calcada em uma inverdade, e algo que poderia ser encarado com naturalidade, acaba por gerar muitos traumas<sup>119</sup>.

Já quando as pessoas agem com intuito de lucro, entregando seus filhos a intermediários, como no caso de tráfico de crianças, também estão sujeitas às sanções civis e penais, sendo estas agravadas pela busca de vantagem patrimonial<sup>120</sup>.

---

<sup>118</sup> TRENTO, C. *Contornos da adoção no Brasil*. Curitiba, 2002. 54 f. Monografia de conclusão de curso - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. p. 50.

<sup>119</sup> “Os pais muitas vezes, na tentativa de proteger a criança e a si próprios, escondem da sociedade que possuem um filho adotivo e, sem saber, também estão agindo de forma preconceituosa. Todos nós sabemos que é impossível enganar todo mundo o tempo todo! Algum dia a criança passa a saber o que lhe foi ocultado a vida inteira: ela não nasceu da barriga de sua mãe, mas de outra mulher. É uma criança adotada. Se isso tivesse sido trabalhado desde cedo, o importante seria a compreensão de que **todo amor é construído**; ele não nasce pronto porque as pessoas têm o mesmo tipo de sangue! O que poderia ter sido encarado como perfeitamente natural pode tomar proporções dramáticas, não pela situação em si, mas pela mentira que foi contada à criança.” (WEBER, L. N. D. *Op. cit.* p. 97). [negrito original].



Por fim, existem, ainda, aqueles que desconhecem qual seja o procedimento adequado para uma adoção. Assim, acabam acolhendo uma criança abandonada e a registrando como se fosse um filho biológico, sem imaginar que a forma adequada de agir, legalmente falando, seria levar o bebê a Vara de Infância e Juventude para que esta fosse encaminhada a alguém que já estivesse cadastrado para adoção.

## 8.2 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Sem embargo de qual seja a razão que leva alguém a realizar uma adoção à brasileira, esta pessoa estará sujeita a uma série de sanções civis e penais.

### 8.2.1 Âmbito Civil

No campo civil, tradicionalmente, entende-se que este registro, como já foi dito, pode ser anulado, pois está eivado de vício, tendo sido realizado através de uma simulação<sup>121</sup>, e a criança pode ser retirada da esfera de guarda daquele que a registrou como se filho biológico fosse.

A postura supracitada, entretanto, é pautada pela noção de que o registro deve corresponder à filiação biológica, o que não é, necessariamente, verdadeiro. Em razão disso é que, se ficar patente que os motivos que levaram a pessoa a praticar tal ato foram de natureza nobre<sup>122</sup>, estando estabelecida a filiação socioafetiva, o juiz poderá determinar que seja cancelado o registro falso e se regularize a adoção.

---

<sup>120</sup> Nesse caso, em relação ao genitor que entrega a criança para outrem com intuito de obter lucro, não se trata propriamente de adoção à brasileira, mas do tipo dos parágrafos do art. 245 do Código Penal, ou seja, da entrega de filho menor a pessoa inidônea.

<sup>121</sup> É preciso frisar que na adoção à brasileira é descabida a alegação de que houve erro, uma vez que a pessoa que realizou o registro tinha ciência da inexistência de liame biológico com a criança.

<sup>122</sup> Mister ressaltar que neste trabalho se tratou apenas dos casos em que a pessoa registra como seu o filho biológico de outrem por motivo de reconhecida nobreza, com o intuito de dar uma família a uma criança que não a tenha, agindo de boa-fé.

Em posição ainda mais atual, já existem julgados decidindo pela manutenção do registro, pois seria desnecessária a sua retificação, uma vez que estaria em consonância com a verdade sociológica da filiação, pela presença da posse de estado de filho. A título exemplificativo colaciona-se a ementa de um acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

FILIAÇÃO. ANULAÇÃO OU REFORMA DE REGISTRO. FILHOS HAVIDOS ANTES DO CASAMENTO, REGISTRADOS PELO PAI COMO SE FOSSE DE SUA MULHER. SITUAÇÃO DE FATO CONSOLIDADA HÁ MAIS DE QUARENTA ANOS. COM O ASSENTIMENTO TÁCITO DO CÔNJUGE FALECIDO, QUE SEMPRE OS TRATOU COMO FILHOS, E DOS IRMÃOS. FUNDAMENTO DE FATO CONSTANTE DO ACÓRDÃO, SUFICIENTE, POR SI SÓ, A JUSTIFICAR A MANUTENÇÃO DO JULGADO.

Acórdão que, a par de reputar existente no caso uma “adoção simulada”, reporta-se à situação de fato ocorrente na família e na sociedade, consolidada há mais de quarenta anos. **Status** de filhos. Fundamento de fato, por si só suficiente, a justificar a manutenção do julgado.

Recurso especial não conhecido.<sup>123</sup>

Dessa forma, mesmo que inexistente a ligação biológica, o registro pode ser mantido quando estiver ratificado pela verdade sociológica exteriorizada pela posse de estado de filho, buscando-se sempre a efetivação do melhor interesse da criança.

### 8.2.1 Âmbito Penal

Quanto às sanções no campo penal, o registro de filho alheio como se fosse próprio poderia, em tese, enquadrar-se em três dispositivos do Código Penal, quais sejam: arts. 242, 245<sup>124</sup> e 299.

A este estudo interessa, principalmente, o ato descrito no art. 242 do CP, com a redação dada pela lei 6.898/81, o qual tipifica “*registrar como seu o filho de outrem*”; e impõe a tal conduta a pena de reclusão de 02 a 06 anos. Com o advento

---

<sup>123</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa. Recurso Especial nº 119.346-GO (1997/0010181-9), rel. Ministro Barros Monteiro. DJU 01/04/2003. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/jurisprudência> (inteiro teor em anexo).

<sup>124</sup> O art. 245 do Código Penal tipifica a entrega de filho menor a pessoa inidônea, não tem tanto interesse para este trabalho, porque trata da conduta do ascendente genético, fato anterior ao registro. Além disso, assinala Antônio Chaves que este tipo é de ocorrência rara. (CHAVES, A. *Adoção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 36-37).

desta lei, também houve a inserção de um parágrafo neste dispositivo, criando a figura privilegiada, caso o crime fosse praticado por “*motivo de reconhecida nobreza*”, com pena reduzida (detenção de 01 a 02 anos), a qual poderia deixar de ser aplicada pelo Juiz, pela concessão do perdão judicial.

A respeito desta figura, insta salientar a posição de Valdir Sznick<sup>125</sup>, que afirma que se trata de um direito do réu, apesar de o legislador colocar como faculdade do juiz. Assim, bastaria que estivessem presentes os requisitos legais para que o perdão judicial fosse concedido. Segundo ele, o juiz condenaria e impor a pena, então, em um segundo momento, concederia o perdão.

O posicionamento supracitado entendia a natureza jurídica da decisão que concedesse o perdão judicial como condenatória. Contudo, tal entendimento está superado pelo que dispõe a Súmula 18 do STJ<sup>126</sup>. Logo, a natureza jurídica da decisão que concede o perdão judicial é declaratória, não produzindo qualquer efeito condenatório.

Desta sorte, resta afastada a incidência do art. 299 do CP, pois este trata de forma genérica da declaração falsa em documento público e o art. 242 do CP, com a alteração do *caput* e com a inclusão do parágrafo único, passou a regular especificamente o ato de registrar filho alheio como próprio. Mister ressaltar, entretanto, que mesmo antes da alteração, já existiam julgados<sup>127</sup> entendendo tal fato como atípico, caso a pessoa tivesse agido para colocar a criança na situação de um filho biológico.

Nesse sentido, merece destaque o posicionamento do Ministro Moreira Alves:

Com a nova redação do art. 242 do Código Penal dada pela Lei n. 6.898/81, deu-se, sem dúvida alguma, nova tipificação penal ao fato de alguém registrar como seu o filho de outrem ainda que por motivo de reconhecida nobreza, porquanto esse fato assim motivado é definido, agora, como crime que dá margem à detenção de um a dois anos, embora possa o juiz deixar de aplicar a pena. Anteriormente, ele só podia ser enquadrado no art. 299, conjugado com seu parágrafo único, do Código Penal, como falsidade ideológica, sendo o dolo específico elemento subjetivo desse delito. E a jurisprudência – inclusive a desta Corte

---

<sup>125</sup> SZNICK, V. *Op. cit.* p. 70.

<sup>126</sup> Súmula 18 do STJ: “*A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório*”.

<sup>127</sup> Como exemplos: RT 409/303 e RT 515/347, apud SZNICK, V. *Op. cit.* p. 68.

(RE n. 93.419, onde se invoca o HC n. 42.513) – entendia, predominantemente, que o motivo nobre afastava o dolo específico exigido pelo crime de falsidade ideológica.<sup>128</sup>

Ainda nessa linha de raciocínio, posiciona-se Eduardo de Oliveira Leite. Segundo ele: “a nobreza do ato aliada ao mais puro sentimento de integrar perfeitamente filhos alheios em sua própria família descaracteriza a falsidade ideológica prevista pelo Código Penal”.<sup>129</sup>

Portanto, atualmente, quando alguém registra filho alheio como próprio, agindo com motivo de reconhecida nobreza, pode não sofrer sanções no campo penal e nem no civil. E isso porque, pela análise do que seria mais correto, moral e eticamente falando, não se justifica a aplicação de uma punição, mas sim uma retificação da situação para se adequar aos requisitos legais, visando a se atender ao melhor interesse da criança sempre.

---

<sup>128</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Recurso de Habeas Corpus n. 61.655-CE, relator: Ministro Moreira Alves. *DIJF*: 25/05/1984. RTJ 111/608. (inteiro teor em anexo).

<sup>129</sup> LEITE, E. de O. *Op. cit.* p. 102. Tal posicionamento está fundamentado no entendimento de Antônio Chaves, do qual se depreende que: “A severidade da norma penal choca-se tão frontalmente com os relevantes motivos sociais que acompanham imemorialmente atos dessa natureza, que os sentimentos do homem médio comum – dos quais não se pode excepcionar o juiz –, que, com raras exceções, são unânimes a doutrina e a jurisprudência em diligenciar meios e pretextos para contornar o texto álgido da lei a fim de não cominar pena alguma, quando alguns, entre milhares de casos que anualmente ocorrem, chegam, por qualquer circunstância às barras dos tribunais. Ninguém resiste à verdadeira coação de ordem moral decorrente do alto valor espiritual e humano que inspiram tais gestos”. (CHAVES, A. *Op. cit.* p. 38).

## 9 ADOÇÃO À BRASILEIRA COMO FORMA DE ESTABELECIMENTO DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

Conforme destacado anteriormente, a adoção à brasileira não é o meio mais adequado para se adotar uma criança, mesmo porque, juridicamente, não se trata de adoção, mas sim de uma simulação. Todavia, esta é uma realidade muito freqüente e que deve ser reconhecida como uma das hipóteses de estabelecimento da filiação/paternidade socioafetiva, pelo vínculo criado através da posse de estado de filho, buscando-se efetivar o princípio do melhor interesse da criança.

Assim, há o estabelecimento de paternidade/filiação socioafetiva na adoção à brasileira pela formação de vínculos afetivos, demonstrados através da posse de estado de filho.

Com a presença da posse de estado de filho, a filiação torna-se irrevogável, mesmo que em dissonância com a verdade biológica, haja vista que se estabelece a filiação socioafetiva. Nesse sentido, assevera Belmiro Pedro Welter:

(...) quando um pai cria e educa uma pessoa como filho, mesmo que não biológico, ele deixa emergir o estado de filho sociológico, a verdade socioafetiva. Com isso, não mais poderá impugnar essa paternidade, mesmo que não seja o pai genético, porquanto, no Brasil, existem apenas duas verdades da perfilhação: biológica e socioafetiva (sociológica, afetiva). A impugnação da paternidade somente pode ser efetivada enquanto não presente o estado de filho socioafetivo.<sup>130</sup>

Portanto, na adoção à brasileira, estando presente a posse de estado de filho, não é possível a impugnação da paternidade pela inexistência de vínculo biológico, eis que o liame sociológico é suficiente para determinar o *status* de filho. Tal entendimento não só é defendido pela doutrina, mas também pela jurisprudência, conforme bem evidencia o acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná, de lavra do Desembargador Accácio Cambi, que faz prevalecer a verdade socioafetiva na adoção à brasileira:

---

<sup>130</sup> WELTER, B. P. *Igualdade entre as filiações...* p. 197.

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. “ADOÇÃO À BRASILEIRA”. CONFORNTO ENTRE A VERDADE BIOLÓGICA E A SÓCIO-AFETIVA. TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PROCEDÊNCIA. DECISÃO REFORMADA.

1. A ação negatória de paternidade é *imprescritível*, na esteira do entendimento consagrado na Súmula 149/STF, já que a demanda versa sobre o *estado da pessoa*, que é emanção do direito da personalidade.
2. No confronto entre a verdade biológica, atestada em exame de DNA, e a verdade sócio-afetiva, decorrente da denominada “adoção à brasileira” (isto é, da situação de um casal ter registrado, com outro nome, menor, como se deles filho fosse) e que perdura por quase quarenta anos, há de prevalecer a solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana.
3. A paternidade sócio-afetiva, estando baseada na tendência de personificação do direito civil, vê a família como instrumento de realização do ser humano: aniquilar a pessoa do apelante, apagando-lhe todo o histórico de vida e condição pessoal, em razão de aspectos formais inerentes à irregular “adoção à brasileira”, não tutelaria a dignidade humana, nem faria justiça ao caso concreto, mas, ao contrário, por critérios meramente formais, proteger-se-ia as artimanhas, os ilícitos e as negligências utilizadas em benefício do próprio apelado.<sup>131</sup>

A toda evidência, portanto, cumpre reconhecer que, quando presente a posse de estado de filho, a adoção à brasileira é uma das formas de filiação socioafetiva, pois só assim se privilegiará o melhor interesse da criança, respeitando-se, via de consequência, o princípio da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>131</sup> PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. Ementa Apelação Cível nº 108.417-9, rel. Desembargador Accácio Cambi. Unânime, j 12.12.2001. (inteiro teor em anexo).

## 10 REGISTRO NA ADOÇÃO À BRASILEIRA

Por fim, mister analisar a polêmica questão do registro decorrente da adoção à brasileira. Parcela da doutrina defende a sua desconstituição tão-somente por não condizer com a verdade biológica. Felizmente, entretanto, já existem julgados divergindo desse entendimento, por entenderem que o valor do vínculo afetivo se sobrepõe ao aspecto genético, privilegiando, assim, o princípio do melhor interesse da criança.

### 10.1 ANULAÇÃO DO REGISTRO E MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

De um lado, Antônio Chaves afirma que a posição dominante da jurisprudência é pela absolvição no campo penal daqueles que reconhecem filho alheio como próprio, pela nobreza de tal gesto, baseando tal afirmação em decisões do próprio STF que vêem tal conduta como adoção simulada ao invés de falsidade ideológica<sup>132</sup>. Por outro, sustenta ele que tal ato não pode ser convalidado como escritura de adoção. Citando o entendimento do Ministro Alckmin, eis o que assevera:

A equiparação de um termo de nascimento à escritura de adoção – volve o Ministro Alckmin – não é de ser admitida: os atos jurídicos são, em substância, diferentes, e a conversão de declaração que encerra falsidade ideológica (de nascimento de filho) em manifestação de vontade dirigida à criação de um ‘status’ de parentesco civil não encontra apoio em lei. Não se cuida, no caso, de atender mais à intenção que ao teor da palavra do ato, mas de supor, pela declaração de quem falsamente se afirmou pai, que também manifestaria ele sua vontade no sentido de realizar outro e diferente ato jurídico.<sup>133</sup>

Este também é o posicionamento adotado por Luís Paulo Cotrim Guimarães ao tratar da adoção à brasileira frente à presunção de paternidade decorrente do casamento. Segundo ele, não seria cabível a ação negatória de paternidade, mas sim a

---

<sup>132</sup> Nas palavras do autor: “Não faltam decisões, até mesmo do STF, que contornam o problema atribuindo ao falso registro a figura da adoção simulada ao invés de falsidade de registro, pois, diante da força dos princípios éticos que devem nortear a proteção de menores, ampliando até os institutos legais, é de ser admissível a adoção por simples registro civil...” (Chaves, A. *Op. cit.* p. 38).

<sup>133</sup> CHAVES, A. *Op. cit.* p. 734.

de anulação de registro por falsidade ou erro para se contestar a declaração presente no assento de nascimento, de acordo com o art. 348 do Código Civil de 1916 e o art. 113 da Lei de Registros Públicos – lei nº 6.015/73.

Afirma este autor que tal situação configuraria falsidade ideológica para os efeitos civis, ainda que não tenha esta tipificação penal, já que há previsão de figura específica para tal conduta<sup>134</sup>, a qual já foi analisada anteriormente.

Partindo dessa premissa, defende que a anulação do registro de nascimento no caso em questão é medida necessária, por estar tal declaração eivada pela falsidade ideológica. Ratifica este entendimento com a posição de Caio Mário da Silva Pereira, o qual também defende que o registro deve ser anulado. Em suas palavras: “Na paternidade reconhecida, o pai concede um status ao filho, que o seja biologicamente. Em contendo o ato uma proclamação de paternidade que não corresponda à realidade (o pai reconhece como seu filho que não o é) o reconhecimento, embora formalmente perfeito, e até inspirado em pia causa, não pode produzir o efeito querido, e será anulado por falsidade ideológica, em se provando a inverdade da declaração”.<sup>135</sup>

Analizando o livro de Caio Mário da Silva Pereira, percebe-se que este entende o ato de reconhecimento do filho como tendo natureza declaratória de um vínculo já criado pelos laços de sangue. Em razão disso é que tal ato poderia ser impugnado sempre que destoasse da verdade biológica.

Data vênua, entende-se, como exposto em capítulo próprio, que a paternidade não se confunde com a ascendência genética, ainda que possa ser expressa também dessa forma. Ela é estabelecida, primordialmente, pelos vínculos socioafetivos entre pai e filho. Assim, mesmo que o registro esteja em dissonância com a verdade biológica, poderá ser mantido se estiver presente o laço afetivo. Até porque, de acordo

---

<sup>134</sup> “...não se pode olvidar que o ato de reconhecimento pelo marido, de um filho de sua mulher, enquadra-se plenamente na descrição do tipo contido na norma do art. 299 do Código Penal – falsidade ideológica – muito embora, o delito, na prática, deva ser enquadrado em outro dispositivo (art. 242). Mas o certo é que o ato não deixa de ser uma espécie de falsidade ideológica, em sua acepção doutrinária, mesmo que sendo tratado por uma previsão criminal específica e particular”. (GUIMARÃES, L. P. C. *A paternidade presumida no direito brasileiro e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.p. 149).

<sup>135</sup> PEREIRA, C. M. da S. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 68.



com Belmiro Pedro Welter, depreende-se que a Constituição Federal de 1988 não privilegiou a paternidade biológica em detrimento da socioafetiva e nem exigiu que o registro de nascimento estivesse baseado em dados biológicos<sup>136</sup>.

São premissas distintas. Explica-se: Caio Mário da Silva Pereira defendeu a desconstituição do registro quando não fosse embasado nos vínculos genéticos, porque adotou conceito restritivo de paternidade, limitando-a ao aspecto biológico. Entretanto, conforme demonstrado anteriormente, pai e genitor não se confundem e, portanto, podem não ser a mesma pessoa. Quando isto ocorre, deve-se dar preferência ao pai, que é quem possui laços de carinho com a criança, haja vista que a verdadeira paternidade é construída no exercício do cotidiano.

Como bem assevera Luiz Edson Fachin: “A disciplina jurídica das relações de parentesco entre pai e filhos não atende, exclusivamente, quer valores biológicos, quer juízos sociológicos. É uma moldura a ser preenchida, não com meros conceitos jurídicos ou abstrações, mas com vida, na qual pessoas espelham sentimentos”.<sup>137</sup>

Outro não é o posicionamento de Jacqueline Filgueras Nogueira:

O vínculo de sangue tem um papel definitivamente secundário para a determinação da paternidade; a era da veneração biológica cede espaço a um novo valor que se agiganta: o afeto, porque o relacionamento mais profundo entre pais e filhos transcende os limites biológicos, ele se faz no olhar amoroso, no pegá-lo em seus braços, em afagá-lo, em protegê-lo, e este é um vínculo que se cria e não que se determina.

A paternidade socioafetiva, sob a noção de “*posse de estado de filho*” que ganha abrigo nas mais recentes reformas do direito internacional, não se funda com o nascimento mas num ato de vontade, que se sedimenta no terreno da afetividade, colocando em xeque tanto a verdade jurídica como a certeza científica, no estabelecimento da filiação.<sup>138</sup>

Dessa forma, não obstante o notório conhecimento dos autores que defendem a desconstituição do registro sempre que estiver em dissonância com a verdade biológica, ousa-se discordar, por se entender que o posicionamento esboçado anteriormente está em dissonância com o princípio do melhor interesse da criança. Ora, na maioria dos casos, seria muito menos traumático para o infante que a

---

<sup>136</sup> WELTER, B. P. *Igualdade entre as filiações...* p. 166.

<sup>137</sup> FACHIN, L. E. *Da paternidade...* p. 28-29.

<sup>138</sup> NOGUEIRA, J. F. *Op. cit.* p. 85.

simulação do registro fosse entendida como uma forma de estabelecimento de filiação socioafetiva, através da caracterização da posse de estado de filho.

Nesse sentido, Belmiro Pedro Welter afirma que: “Nesse caso, [na adoção à brasileira] pode ser edificado o estado de filho afetivo, tornando, dessa forma, irrevogável o estabelecimento da filiação, na forma dos arts 226, §§ 4º e 7º, e 227, § 6º, da Constituição Federal, pelo que *a declaração de vontade tendente ao reconhecimento voluntário da filiação, admitindo alguém ser pai ou mãe de outra pessoa, uma vez aperfeiçoada, torna-se irretratável*”.<sup>139</sup>

De tal sorte, é incompatível com a doutrina da proteção integral a descaracterização do vínculo criado voluntariamente tão-somente por não ser este o meio, formalmente falando, adequado juridicamente.

Se a adoção, atualmente, volta-se a dar uma família a uma criança, é inadmissível que se negue tal condição àquele que por toda sua vida foi tratado como filho, pelo simples fato de o procedimento adotado ter sido irregular. A manutenção ou quebra do vínculo depende da análise do caso concreto, sopesando-se sempre o princípio do melhor interesse da criança para definir o que será adequado para aquele caso em específico.

Ademais, a desconstituição do registro não pode ser algo defensável quando o pai/declarante já sabia que a criança não era seu filho biológico ao proceder tal ato, como ocorre quando se realiza a adoção à brasileira. Tal assunto, ainda, é controvertido na jurisprudência, mas, felizmente, já existem julgados mantendo o vínculo pelo reconhecimento da verdade socioafetiva. Como exemplo, destacam-se dois acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

**ADOÇÃO. RECONHECIMENTO ESPONTÂNEO. IRREVOGABILIDADE.** O reconhecimento espontâneo da paternidade daquele que, mesmo sabendo não ser o pai biológico, se compromete em acordo judicialmente homologado a registrar como sua filha a da sua esposa, tipifica verdadeira adoção, irrevogável, descabendo, posteriormente, a pretensão anulatória de tal cláusula, por não demonstrado vício de consentimento. Improcedência da ação mantida.<sup>140</sup>

<sup>139</sup> WELTER, B. P. *Igualdade entre as filiações* ... p. 150. [itálico original].

<sup>140</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ementa. Ap. 70005187588, Rel. Desembargador José Trindade. Por maioria, j 12.12.2002. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/jurisprudencia>. (inteiro teor em anexo). Insta salientar a posição do voto vencido,

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. DECLARAÇÃO FALSA DE FILIAÇÃO. DESCONSTITUIÇÃO DO REGISTRO. IMPOSSIBILIDADE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. CARÊNCIA DE AÇÃO. É carecedor de ação visando desconstituir o registro de nascimento o pai que reconhece formalmente a filha, sendo sabedor da inexistência de liame biológico, mas deixando evidenciada a situação de paternidade socioafetiva.<sup>141</sup>

Denota-se daí que o vínculo socioafetivo prevalece, mesmo que em dissonância com a verdade biológica, como forma de consagrar o princípio do melhor interesse da criança. A este respeito, observa João Baptista Villela que:

Quanto às prescrições normativas estritas, não há um sequer traço na constituição que privilegie a paternidade genética em detrimento da afetiva ou que tenha cobrado do registro de pessoas naturais qualquer fidelidade aos fatos da biologia. (...) O registro declara o que antes dele se constituiu ou o que com ele próprio se constitui a partir de uma declaração. Como quando alguém reconhece-se pai e o diz ao respectivo oficial. Na base de sua atuação, está-se vendo, encontra-se um fato jurídico, mas não um fato da natureza nem mesmo um fato social destituído de relevância jurídica. (...) Verdade e falsidade no registro civil e na biologia têm parâmetros diferentes. Um registro é sempre verdadeiro se estiver conciliado com o fato jurídico que lhe deu origem. E é sempre falso na condição contrária.<sup>142</sup>

Portanto, quando o laço afetivo estiver presente, na adoção à brasileira, o registro deve ser mantido, não se tratando de erro ou falsidade, pois a paternidade declarada estará assentada na verdade sociológica.

---

Des. Stangler Pereira, o qual entendeu que a inexistência de liame biológico seria suficiente para a anulação do registro, em suas palavras: “O Ministro Waldemar Zveitter, como relator em 18-8-98, consigna seu posicionamento a respeito, conforme ementa do acórdão: ‘Anulação de registro de nascimento: I – Não se cuidando no caso de ação negatória de paternidade e sim de comprovada falsidade ideológica, é ela suscetível de ser intentada, não só pelo suposto filho, mas também por outros legítimos interessados (Terceira Turma, in *DJ* de 3-11-98)’. Trata-se de uma anulação de registro civil, por alegada falsidade ideológica, passível de ser intentada a ação pelo autor da fraude, que reconheceu uma filha não sendo sua, faltando com a verdade perante o registrador. Ocorreu, na verdade, uma ‘adoção à brasileira’, que deverá ser coibida, não podendo o Tribunal convalidar tal comportamento”. A posição do voto divergente vai contra aquilo que aqui se defende, isto é, a manutenção do vínculo pela existência do liame sociológico para a prevalência do melhor interesse da criança.

<sup>141</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ementa. Embargos Infringentes nº 70001152933, rel. Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Unânime, j 11/08/2000. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/jurisprudência>.

<sup>142</sup> VILLELA, J. B. O modelo constitucional da filiação: verdade e superstições. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 1, n 2, jul./set. 1999. p. 139.

## 11 CONCLUSÃO

Na tentativa de esboçar algumas idéias que deste trabalho se pode extrair, cumpre frisar, de início, que, a partir do exame da adoção à brasileira, enquanto forma de estabelecimento da filiação socioafetiva, como meio de consagração do princípio do melhor interesse da criança - objetivo a que se propôs o presente estudo -, germina uma série de interrogações, muitas delas ainda sem resposta, e que, como não poderia ser diferente, não foram devidamente desenvolvidas neste simples trabalho acadêmico.

Com efeito, razões não há para acreditar que o tema ora desenvolvido esteja efetivamente esgotado, eis que, de fato, as circunstâncias com que se depara o operador do direito na prática, dada sua magnitude, serão sempre intangíveis pelas construções meramente teóricas, razão pela qual não se tem a pretensão de que o presente estudo tenha sido capaz de sanar todas as dúvidas relativas ao tema.<sup>143</sup>

Ressalte-se, inclusive, que as limitações desse trabalho científico não permitiriam uma análise mais aprofundada do tema, esta sim efetivamente capaz de atingir tal objetivo. Nessas condições, tomando emprestadas as palavras de Luiz Edson Fachin, pode-se dizer tratar-se de um estudo muito “mais para aprender que para ensinar, um princípio de diálogo”.<sup>144</sup>

Ao que parece, entretanto, alguma contribuição pode se extrair da presente pesquisa. Senão veja-se.

Restou demonstrado que a questão da adoção à brasileira não se soluciona pelo simples cancelamento do registro, como poderia parecer em um primeiro momento, mesmo porque inexiste o requisito de demonstração da verdade biológica para que se realize o assento de nascimento. Em verdade, o registro de filho alheio

---

<sup>143</sup> Nesse sentido, insta recorrer, novamente, às sábias palavras de Roque Antonio Carraza: “... nesta obra, várias questões de tomo ficaram por ser mais bem desenvolvidas. Também algumas dúvidas que tínhamos antes de redigi-la continuam a afligir nosso espírito. Isto, entretanto, não nos preocupa muito, seja porque de dúvidas só estão libertos os ignorantes, seja porque dubitando ad veritatem pervenimus.” (CARRAZA, R. A. *Op. cit.* p. 23).

<sup>144</sup> FACHIN, L. E. *Elementos...*

como próprio se caracterizaria como uma das formas de filiação socioafetiva, quando estiver configurada a posse de estado de filho e a manutenção do vínculo representar o melhor interesse da criança no caso concreto.

Tal entendimento, aliás, vem ao encontro da própria concepção de família que se tem a partir da Constituição Federal de 1988, a qual passa a ser tutelada de forma instrumental, enquanto meio para a realização pessoal de cada um de seus membros e vista como um local de trocas afetivas, onde as pessoas encontram solidariedade, fraternidade e aconchego.<sup>145</sup>

Não há que se olvidar, portanto, que a presença do afeto é imprescindível na definição das relações familiares, independentemente de haver ou não um liame jurídico ou biológico, haja vista que é a afetividade a razão de ser da união e do esvaziamento dos laços de família. Como forma de exteriorizar o vínculo socioafetivo e estabelecer a relação paterno-filiál sociológica, utiliza-se a posse de estado de filho, a partir da qual se comprova a existência da filiação/paternidade socioafetiva.

Da mesma forma, o tratamento dado pela Carta Magna à filiação, com o reconhecimento da isonomia entre os filhos e da introdução da doutrina da proteção integral da criança, foi elemento essencial na definição da adoção à brasileira como forma de filiação socioafetiva.

Ora, se, por força da Constituição, os filhos possuem os mesmos direitos, independentemente de sua origem, e seus interesses são prioritários na definição das relações paterno-filiais, a adoção à brasileira só pode ser definida tomando-se como base o que for melhor para crianças e adolescentes no plano fático.

Para se demonstrar que o registro de filho alheio como próprio pode vir a caracterizar a paternidade socioafetiva, pois indica um ato de vontade do pai em reconhecer um vínculo afetivo, foi necessária a análise, ainda que sucinta, das diversas vertentes da paternidade, para que se deixasse claro que pai e genitor são figuras distintas, podendo ser representadas por pessoas diferentes.

---

<sup>145</sup> “A casa é, cada vez mais, o centro da existência. O lar oferece, num mundo duro, um abrigo, uma proteção, um pouco de calor humano”. PERROT, M. *Op cit.* p. 81.

Finalmente, insta salientar que em momento algum se almejou, com o presente trabalho, diminuir a importância que tem o instituto jurídico da adoção. O que se fez, pelo contrário, foi apenas e tão-somente buscar uma solução que melhor pudesse tutelar o caso concreto, quando faticamente o registro do filho de outrem como próprio já aconteceu.

Em verdade, a forma mais segura de se estabelecer a filiação socioafetiva é através do procedimento judicial de adoção, mas não se pode fechar os olhos para a realidade. Além de informar a população sobre qual é a forma juridicamente mais correta de agir, é necessário que sejam estabelecidas diretrizes para se atuar quando a situação já se estabeleceu à margem daquilo que o Direito reputa como correto, para que se procure consagrar sempre o princípio do melhor interesse da criança.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, M. C. de. *Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 152-170.

AMARAL, F. *Direito Civil: introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 238-239.

AZAMBUJA, M. R. F. Adoção: um ato de amor. *Igualdade - Revista Trimestral do Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente*. Curitiba, v. 9, n. 31, p. 12-21, abr./jun. 2001.

BARBOZA, H. H. O direito de família brasileiro no final do século XX. In: BARRETO, V. (Org.) *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 87-112.

\_\_\_\_\_. Novas relações de filiação e paternidade. In: PEREIRA, R. da C. (Coord.) *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 135-142.

\_\_\_\_\_. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: PEREIRA, R. da C. (Coord.) *Direito de família: a família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 201-213.

BARROS, F. S. O interesse superior da criança como paradigma da filiação socioafetiva. In: BRAUNER, M. C. C. (Org.) *O direito de família descobrindo novos caminhos*. São Leopoldo: Edição da autora, 2001. p. 213-251.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Habeas Corpus nº 61.655-CE, Camilo Atilla da Costa Mendly de Vetyemy e Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Relator: Ministro Moreira Alves. 25 maio 1984. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 111, p. 608-612, nov. 1984.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa. Recurso Especial nº 119.346-GO (1997/0010181-9), Relator: Ministro Barros Monteiro. 01 abr. 2003. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/jurisprudencia>> Acesso em 10 ago. 2003.

CARRAZA, R. A. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 23.

CARBONERA, S. M. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, L. E. (Coord.) *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 273-313.

CHAVES, A. *Adoção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 35-38 e 732-734.

DELINSKI, J. C. *A questão da filiação sócio-afetiva: a nova concepção de família e o estabelecimento da paternidade com fundamento na “posse de estado de filho”*. Curitiba, 1995. 167f. Dissertação (Mestrado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

FACHIN, L. E. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Fabris, 1992.

\_\_\_\_\_. A tríple paternidade dos filhos imaginários. In: WAMBIER, T. A. A.; LEITE, E. de O. (Coord.) *Repertório de doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. v. 2 São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 170-185.

\_\_\_\_\_. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

\_\_\_\_\_. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 215-226.

\_\_\_\_\_. A nova filiação – crise e superação do estabelecimento da paternidade. In: PEREIRA, R. da C. (Coord.) *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 123-133.



\_\_\_\_\_. Paternidade e ascendência genética. In: LEITE, E. de O. (Coord.) *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 163-176.

FACHIN, R. A. G. *Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do direito de família brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FELIPE, J. F. A. *Adoção, guarda, investigação de paternidade e concubinato*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 83-101.

FURTADO, A. M. A. de S. e. Paternidade Biológica X Paternidade Declarada: quando a verdade vem à tona. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 13, p. 13-23, abr./maio/jun. 2002.

GOMES, O. *Introdução ao direito civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 166-168.

GUIMARÃES, L. P. C. *A paternidade presumida no direito brasileiro e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 135-151.

KOPPER, M. G. Adoção à brasileira – existência, efeitos e desconstituição. *Revista de doutrina e jurisprudência do TJDF e territórios*, Brasília, n. 58, p. 13-24, set./dez. 1998.

LEITE, E. de O. *Temas de Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 99-105 e 114-122.

\_\_\_\_\_. Exame de DNA, ou, o limite entre o genitor e o pai. In: \_\_\_\_\_. (Coord.) *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 61-85.

LÔBO, P. L. N. Filiação e princípio da afetividade. *Igualdade - Revista Trimestral do Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente*. Curitiba, v. 8, n. 26, p. 45-46, jan./mar. 2000.

\_\_\_\_\_. Princípio jurídico da afetividade na filiação. In: PEREIRA, R. da C. (Coord.) *Direito de família: a família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 245-253.

MOOR, F. S. A filiação adotiva dos menores e o novo modelo de família previsto na Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 07, p. 40-68, jul./set. 2001.

NERY JÚNIOR, N.; MACHADO, M. de T. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o novo Código Civil à luz da Constituição Federal: princípio da especialidade e direito intertemporal. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 12, p. 9-49, out./dez. 2002.

NOGUEIRA, J. F. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. Ementa. Apelação Cível 108.417-9. Relator. Desembargador Accácio Cambi. 12 dez. 2001.

PEREIRA, C. M. da S. *Reconhecimento da paternidade e seus efeitos*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 62-73.

PEREIRA, T. da S. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 227-238 e 253-273.

\_\_\_\_\_. O ECA inovando o direito de família. In: PEREIRA, R. da C. (Coord.) *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 227-236.

\_\_\_\_\_. O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. In: PEREIRA, R. da C. (Coord.) *Direito de família: a família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 215-234.

\_\_\_\_\_. Da adoção. In: DIAS, M. B. e PEREIRA, R. da C. (Coord.) *Direito de família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 125-140.

PERROT, M. O nó e o ninho. *Veja: 25 anos: Reflexões para o futuro*. São Paulo: Abril, 1993. p. 75-81.

RAMOS, C. L. S. Família constitucionalizada e pluralismo jurídico. In: PEREIRA, R. da C. (Coord.) *Direito de família: a família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 61-70.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ementa. Agravo de Instrumento 599296654. Relator: Desembargador Luís Felipe Brasil Santos, 18 ago. 1999. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br/jurisprudência>> Acesso em: 12 ago. 2003.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ementa. Embargos Infringentes 70001152933. Relator: Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. 11 ago 2000. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br/jurisprudência>> Acesso em: 12 ago. 2003.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ementa. Apelação Cível 70005187588. Relator: Desembargador José Trindade. 12 dez. 2002. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br/jurisprudência>> Acesso em: 12 ago. 2003.

ROCHA, M. I. de M. Criança 'devolvida': quais são os seus direitos? *Revista de Direito Privado*. São Paulo, n. 2, p. 74-113, abr.-jun./2000.

SILVA, R. P. e. Ascendência biológica e descendência afetiva: indagações sobre a ação de investigação de paternidade. In: SILVA, R. P. e; AZEVÊDO, J. C. (Coord.) *Direitos da família: uma abordagem interdisciplinar*. São Paulo: LTr, 1999. p. 168-184.

SZNICK, V. Crimes cometidos contra a adoção. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, São Paulo, v. 114, n. 17, p. 65-70, jul. 1993.

TEPEDINO, G. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: BARRETO, V. (Org.) *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 47-69.

\_\_\_\_\_. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 391-428.

TRENTO, C. *Contornos da adoção no Brasil*. Curitiba, 2002. 54 f. Monografia de conclusão de curso – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

VENCELAU, R. M. Status de filho e direito ao conhecimento da origem biológica. In: RAMOS, C. L. S. et al. (Org.) *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 379-400.

VILLELA, J. B. Desbiologização da Paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 2121, p. 400-416, maio 1979.

\_\_\_\_\_. *Liberdade e família*. Belo Horizonte: Edição da Faculdade de Direito da UFMG, 1980.

\_\_\_\_\_. Família hoje. In: BARRETO, V. (Org.) *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 71-86.

\_\_\_\_\_. O modelo constitucional da filiação: verdade e superstições. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 121-142, jul./set. 1999.

WEBER, L. N. D. *Laços de ternura: pesquisas e histórias de adoção*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1999.

WELTER, B. P. Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 14, p. 128-163, jul./set.2002.

\_\_\_\_\_. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 104-109 e 150-165.

**ANEXOS**

ANEXO 1.....65

ANEXO 2..... 73

ANEXO 3..... 82

ANEXO 4.....88

ANEXO 1 – INTEIRO TEOR DA APELAÇÃO CÍVEL Nº 108.417-9 DO TJPR

**CONFRONTO ENTRE A VERDADE BIOLÓGICA E A SÓCIO-AFETIVA. TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PROCEDÊNCIA. DECISÃO REFORMADA.**

1. A ação negatória de paternidade é imprescritível, na esteira do entendimento consagrado na Súmula 149/STF, já que a demanda versa sobre o estado da pessoa, que é emanção do direito da personalidade.
2. No confronto entre a verdade biológica, atestada em exame de DNA, e a verdade sócio-afetiva, decorrente da adoção à brasileira (isto é, da situação de um casal ter registrado, com outro nome, menor, como se deles filho fosse) e que perdura por quase quarenta anos, há de prevalecer a solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana.
3. A paternidade sócio-afetiva, estando baseada na tendência de personificação do direito civil, vê a família como instrumento de realização do ser humano; aniquilar a pessoa do apelante, apagando-lhe todo o histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais inerentes à irregular adoção à brasileira, não tutelaria a dignidade humana, nem faria justiça ao caso concreto, mas, ao contrário, por critérios meramente formais, proteger-se-ia as artimanhas, os ilícitos e as negligências utilizadas em benefício do próprio apelado.

**VISTOS**, relatados e discutidos estes autos de apelação cível nº 108.417-9, de **CURITIBA, 2ª VARA DE FAMÍLIA**, em que é apelante        e apelado

1. Trata-se de decisão, proferida nos autos de negatória de paternidade (nº 1.149/97), ajuizada por        em face de        que julgou procedente a ação para o fim de reconhecer que o autor não é o pai do demandado, determinando: *“seja cancelado o registro civil lavrado às fls. 18, do livro nº 49, sob nº 93, do Cartório do Taboão, 6ª Zona de Curitiba, em 20 de janeiro de 1962, oficiando-se também o Instituto de Identificação do Estado para o mesmo fim no tocante à identificação civil do*

*requerido, e por igual à Receita Federal desta Capital*”. E que condenou o autor, como litigante de má fé, a responder pelas despesas do processo e pela verba honorária devida ao demandado, a qual foi complementada pela sentença de fls. 250/250v (embargos de declaração opostos pelo réu, acolhidos, em parte), para efeito de manter “a decisão de cancelamento do registro civil do mesmo, na medida em que o requerido possui outro registro de nascimento com o nome de ALTAIR RIBEIRO (fls. 31 dos autos), ficando reconhecida a duplicidade de registros” e, mais, “para dizer que a sucumbência também abarca tais valores (despesas com a publicação de editais), e não somente as custas de cartório.” (fl. 250).

Na apelação, o recorrente pretende a reforma da sentença, requerendo: a) preliminarmente, que devem ser providos os agravos retidos: i) para que seja declarada a nulidade dos atos praticados pela Dr. <sup>a</sup> Juíza, após ter-se declarado impedida: ii) por haver cerceamento de defesa na medida em que, por se tratar de ação de estado, o processo necessita de outras provas: b) no mérito: que ocorreu verdadeira adoção e não é possível a elisão da filiação: que deve ser aplicado o art. 5º da Lei de Introdução do Código Civil, para que se leve em consideração os fins sociais e as exigências do bem comum contidas na lei que o apelo sempre atuou como se pai fosse. Em especial para obter vantagens patrimoniais. Sustentou ainda, a Dr. <sup>a</sup> Juíza deixou de fixar o valor da indenização, a título de litigância de má-fé e que a verba honorária deve ser majorada, já que fixada em valor ínfimo.

O apelo não contra-arrazoou o recurso.

O Ministério Público, em ambas as instâncias, opinou pelo improvimento dos recursos de agravo retido e pelo provimento da apelação para julgar improcedente a ação.

## 2. Assiste razão ao apelante.

a) Agravos retidos de fls. 201/203 e de fls. 212 e 213 improcedência.

O primeiro reclama pela anulação dos atos praticados pela Dr. <sup>a</sup> Juíza após o despacho em que se declarou impedida para julgar a causa. Este comportamento da



magistrada embora não recomendável por ferir a garantia da imparcialidade do juiz não causou *gravame* à parte, uma vez que tais atos não tiveram cunho decisório.

Quanto ao outro agravo, o recorrente insurge-se contra a inadmissibilidade da produção de provas orais, cerceando seu direito de defesa. Contudo tal violação não ocorreu, porque as provas carreadas para autos são suficientes para a cognição e o julgamento da causa.

Improcedem, portanto, os agravos retidos interpostos pelo ora apelante.

b) Preliminar de mérito: a imprescritibilidade da ação negatória de paternidade:

A ação negatória de paternidade tem o escopo contrário da de investigação de paternidade, porquanto, nesta, o filho busca o reconhecimento do vínculo de paternidade e, naquela, o suposto pai pretende se desvencilhar da relação de parentesco.

A questão foi e, ainda é, o objeto de acirrados debates, tendo prevalecido o entendimento contido na Sumula 149, do STF, no sentido de que : “*É imprescritível a ação de investigação da paternidade mas não o é a petição de herança*”.

Esse posicionamento parece razoável na medida em que as ações de investigações e de negação da paternidade discutem a respeito do *estado da pessoa* sendo, pois, emanção do direito da paternidade como, aliás, bem reconheceu o artigo 27, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90).

c) Mérito:

O autor alegou na petição inicial (fls. 2 e 3), como causa de pedir da ação negatória de paternidade, que “ *conviveu em estado de casado com Maria Teresa Padrón (já falecida). Qual mulipara não podia conceber. Foi retirado do juizado de Menores à época o menor Altair Ribeiro registrado com o nome de George Siqueira. A assinatura do Termo de Nascimento não era e nem nunca o foi do suplicante o que ensejou a impetração de uma ação ordinária, cumulada com exoneração de encargos. Por falta de exame grafotécnico essa ação foi julgada improcedente*”. Requereu, pois a procedência do pedido de reconhecimento de que o autor não é pai de e ainda que por mandado judicial, fosse cancelado o registro civil do demandado bem como a sua carteira de identidade e CPF.

As provas constantes dos autos, no entanto, demonstraram que o autor não expôs os fatos em juízo conforme a verdade; não procedeu de boa-fé e formulou pretensão destituída de fundamento, agindo dolosamente, destarte, violando os artigos 14 incisos I, II e III, e 17, incisos II, do CPC.

Os documentos anexados às 10, 31, 32 e 36, deixaram evidente que Altair Ribeiro e são a mesma pessoa. Altair Ribeiro nascido de Manoel Joaquim Ribeiro e Mercedes Bigasiski Ribeiro, em 13.12.1962 ficou sob a guarda de desde 6.9.1961. Porém, em 20.1.1962, o autor e sua mulher, Maria Teresa Perez de Siqueira, registraram a criança como se fosse sua, dando-lhe o nome de

A perícia grafotécnica (fls 94/106) concluiu pela autenticidade da assinatura atribuída ao autor no termo de nascimento de réu, o que comprova a distorção dos fatos operada por aquele.

Na realidade, o que ocorreu no caso em exame foi uma “adoção à brasileira”, isto é, a criança nascida de outros pais foi registrada, com outro nome como se fosse filho do autor e de sua esposa.

Assim por longos anos, Altair Ribeiro foi apresentado como se fosse levando o nome do autor e de sua esposa tendo recebido continuamente o tratamento de filho legítimo e sendo reconhecido pelos supostos pais e pela sociedade como se filho legítimo fosse.

Para fins tributários e para a obtenção de salário-família junto ao Tribunal de Contas do Paraná o autor mencionava possuir cinco (5) dependentes, dentre os quais e Altair Ribeiro, indicando pasmem a mesma data de nascimento para ambos os filhos (fls. 34 e 35).

Durante muito tempo, o autor se beneficiou da situação de pai de mas, passada essa fase, por razões de cunho provavelmente patrimoniais, ajuizou ação negatória de paternidade, propondo-se à realização do exame do DNA. Decorridos quase quarenta (40) anos, a prova pericial efetivada concluiu que o autor não pode ser o pai biológico do réu (fl.171).

Surge então, a questão judiciária essencial a ser analisada: há de prevalecer a verdadeira biológica ou a verdadeira sócio-afetiva?

LUIZ EDSON FACHIN de maneira bastante crítica propôs nova leitura ao problema bem asseverando:

*“O avanço da técnica médica presta relevantes serviços aos fins do Direito de Família. Sem embargo a plena possibilidade de atestar a verdade biológica em percentuais elevados de confirmação da paternidade pela via do exame do DNA. Traduz consigo mesma um paradoxo: a verdade biológica pode não expressar a verdadeira paternidade. Cogita-se então da verdade sócio-afetiva sem exclusão da dimensão biológica da filiação”. (Elementos críticos do direito de família. Rio de Janeiro: Renovar. 1999. Págs.236 e 237).*

Em outra obra o ilustre mestre paranaense já havia profetizado:

*“Na certeza da prova diminuiu-se o risco de erro e essa redução operada pode acabar sendo a configuração do próprio equivoco. (...). Novos tempos novos juizes: a família se transforma na renovação dos conceitos captados dos fatos e das mudanças sociais. O juiz da família se abre para acolher a vida e a realidade um passo e um desafio. O futuro dirá para onde marchara o destino reservado pelos tribunais as relações paterno-filiais calcadas no afeto e no amor”. (Da paternidade. Relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, págs. 76/78).*

No caso em discussão, a verdade biológica é incontestável, pela prova científica do DNA, que afirma que o autor não é o pai biológico do réu. As demais provas demonstram ter havido “adoção à brasileira”.

Optar por uma das duas correntes é questão complexa, mas que não pode ser ignorada pelo judiciário, em sua missão constitucional de dizer o direito nos casos concretos.

Por isso, entre o fetichismo das normas e a boa realização da justiça, cabe ao magistrado buscar a solução mais humana e socialmente útil, como sustenta SÁLVIO FIGUEIREDO TEIXEIRA, ao afirmar que a *“jurisprudência, com o aval da doutrina, tem refletido as mutações do comportamento humano no campo do Direito de Família. Como diria a notável De Page, o juiz não pode quedar-se surdo às exigências do real e da vida. Está ele destinado a reger homens, isto é, seres que se movem, pensam, agem, mudam, se modificam. O fim da lei não deve ser a*

*imobilização ou a cristalização da vida, e sim manter contato íntimo com esta, segui-la em sua evolução e adaptar-se a ela. Daí resulta que o Direito é destinado a um fim social, de que deve o juiz participar ao interpretar as leis, sem se aferrar ao texto, às palavras, mas tendo em conta não só as necessidades sociais que elas visam a disciplinar como, ainda, as exigências de justiça e de equidade, que constituem o seu fim. Em outras palavras, a interpretação das leis não deve ser formal, mas, sim, antes de tudo real, humana, socialmente útil” (RT 618/171).*

Com efeito, cabe ao juiz ponderar os efeitos resultantes da aplicação formal do Direito, em detrimento da realização da justiça e da legitimação social do exercício da jurisdição. A procedência do pedido da ação negatória da paternidade, com a conseqüente anulação do registro civil de \_\_\_\_\_, aproximar-se-ia à verdade biológica, mas aniquilaria tudo aquilo que representado nesse nome, o réu construiu em quase quarenta anos de existência e, o que é pior, servindo de vítima de artimanhas do autor, para fins de obter vantagens pecuniárias ilícitas.

A douta Promotora de Justiça, GALATÉIA FRIDLUND, em seu brilhante parecer, bem analisou o problema e propôs justa solução, **verbis**:

*“Toda historia de vida de recorrente foi estruturada sobre o nome e o estado que possui. Documentos, histórico escolar, profissão, cursos de graduação, propriedades registros médicos, dentários, previdenciários, hospitalares, herança patrimonial advinda da falecida mãe formal, sua condição perante a sociedade curitibana, relacionamentos sociais de amizade e profissionais advindos de Clubes como Graciosa Country Club onde há notoriedade, enfim tudo que o apelante possui correga o nome e a condição dada pelo autor apelado. Constata-se na verdade que o recorrente é vítima das artimanhas do apelo (sic) para obtenção de vantagens ilícitas e contrarias ao Direito por duas vezes. Num primeiro momento quando foi registrado falsamente e num segundo porque agora o constitui sua própria condição humana e social”*

Em conclusão há de prevalecer a paternidade sócio-afetiva, a qual baseada na tendência de personificação do direito vê a família como instrumento de realização do ser humano. Aniquilar a pessoa de \_\_\_\_\_ como instrumento de histórico de vida em

condição social em razão de aspectos formais inerentes a irregular “adoção à brasileira” não tutelaria a dignidade humana mas, ao contrário proteger-se-ia as artimanhas os ilícitos e as negligencias utilizadas em benefício do próprio apelado.

Nessas condições impõe-se que seja reformada a decisão impulgada para julgar improcedente a ação proposta, condenando-se o autor nas despesas judiciais, sendo que os honorários advocatícios são arbitrários em R\$3.500 (três mil e quinhentos reais), como base no artigo 20, § 4º do C.P.Civil. atendendo ao trabalho profissional realizado (contestação, farta documental anexada aos autos e recursos interpostos), e determinando que o valor da indenização, por litigância de má-fé, por força do artigo 18, § 2º, do C.P.Civil, seja apurado em liquidação de sentença, por arbitramento.

3. Diante do exposto, ACORDAM os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Estado do Paraná por *unanimidade* de votos em negar provimentos aos agravos retidos e em dar provimento à apelação para os fins anotados no corpo do acórdão.

Participaram do julgamento e acompanharam o voto do Relator os Senhores Desembargadores ÂNGELO ZATTAR e SIDYNEI MORA.

Curitiba, 12 de dezembro de 2001.

ACCÁCIO CAMBI – Presidente e Relator

ANEXO 2 – INTEIRO TEOR DA APELAÇÃO CÍVEL Nº 70005187588 DO TJRS

**AÇÃO DE ANULAÇÃO DE CLÁUSULA QUE RECONHECE A PATERNIDADE. ADOÇÃO “À BRASILEIRA”.**

**O reconhecimento espontâneo da paternidade daquele que, mesmo sabendo não ser o pai biológico, se compromete em acordo judicialmente homologado a registrar como sua filha da sua esposa, tipifica verdadeira adoção, irrevogável, descabendo, posteriormente, a pretensão anulatória de tal cláusula, por não demonstrado vício de consentimento. Improcedência da ação mantida.**

**Apelação desprovida, por maioria.**

APELAÇÃO CÍVEL

Nº 70005187588

R. T.

G. A. T. REPRESENTADA POR SUA APELADA  
MÃE G. M. DA R.

OITAVA CÂMARA CÍVEL

BENTO GONÇALVES

APELANTE

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria, negaram provimento ao recurso, vencido o Des. Stangler, nos termos dos votos a seguir transcritos.

Custas na forma da lei.

Participou do julgamento, além dos signatários, o eminente Senhor, Des. Alfredo Guilherme Englert, Presidente.

Porto Alegre, 12 de dezembro de 2002.

**DES. JOSÉ S. TRINDADE. (Relator)**

**DES. ANTONIO CARLOS STANGLER PEREIRA. (Voto Vencido)**

## RELATÓRIO

### **DES. JOSÉ S. TRINDADE (RELATOR) –**

*Partes.* Trata-se de apelação interposta por R. T. em sede de ação anulatória de cláusula estipulada em separação judicial, cumulada com retificação de registro movida contra G. A. T., menor, representada por sua mãe G. M. da R.

*Sentença recorrida.* O *decisum* de fls. 187/194 julgou improcedente o pedido de anulação de “cláusula acordada” (rectius: ação negatória de paternidade).

*Razões recursais:* Em resumo, alega o apelante não ter se estabelecido a paternidade sócio-afetiva, no caso, vez que nunca houve qualquer liame afetivo, cultural, social entre si e a apelada. Noticia que o registro de nascimento da recorrida foi realizado por ordem judicial baseado no acordo da separação judicial. Assevera não ter efetuado o registro de nascimento da menor, tendo em vista que, deu-se conta posteriormente de não ser o pai. Salaria que foi induzido em erro em face de a concepção da infante ter sido na constância da sociedade conjugal. Sustenta que a verdade biológica deve prevalecer sobre a verdade jurídica, não podendo prosperar um registro feito que revela a falsidade. Colaciona jurisprudência. Pede o provimento (fls.196/202).

*Contra-razões:* Ao contra-arrazoar, a apelada pugna pela manutenção da sentença hostilizada (fls.206/209).

*Ministério Público:* Em ambas as Instâncias, o *Parquet* opinou pelo desprovimento do presente recurso (fls.210/212; 216/220).

É o relatório.

## VOTO

### **DES. JOSÉ S. TRINDADE (RELATOR) –**

Recurso em condições de ser conhecido.

No mérito, não merece ser provido.



Na Apelação Cível n.º 70000874347, da qual fui relator, já tive a oportunidade de sustentar a impossibilidade do pai registral promover a ação de anulação de registro de nascimento daquele que registrou como filho, o qual, segundo alega, sabia não ser seu.

Por oportuno, vale registrar que tal acórdão foi objeto de embargos infringentes recentemente julgado no 4º Grupo Cível, sob o n.º 70001537026, relator o digno DES. SÉRGIO F. S. DE V. CHAVES, ocasião em que a tese ora defendida foi acolhida, por maioria, com apenas um voto vencido.

No caso em julgamento a ação é análoga porque o autor visa anular cláusula acordada em sede de separação judicial consensual, onde ele se comprometeu a registrar a filha que a esposa estava esperando (quando da separação a mulher estava grávida), conforme se vê da cópia da petição inicial de fls. 10/11.

A separação consensual foi homologada e a ré foi registrada constando como pai o autor, em razão da cláusula acordada e devidamente homologada.

Agora o autor/apelante pleiteia a anulação de tal cláusula, aduzindo que incorreu em erro ao assinar e ratificar a petição inicial da separação consensual, pois na ocasião “não se apercebeu que estava reconhecendo a paternidade de uma criança que não era sua” (fl. 03). Alega que por ser leigo em matéria jurídica, não atentou para o significado das cláusulas do acordo.

A questão é tormentosa e vem sendo discutida nas Câmaras especializadas em Direito de Família deste Tribunal, às vezes com posições divergentes.

Por ocasião do julgamento da precitada apelação, referi que estava revendo meu posicionamento para filiar-me ao entendimento de que o reconhecimento espontâneo da paternidade daquele que, mesmo sabendo não ser o pai biológico, registra como seu filho de sua esposa, tipifica verdadeira adoção, irrevogável, descabendo, portanto, posteriormente, a pretensão anulatória do registro de nascimento.

Nesse sentido a 7.ª Câmara Cível deste Tribunal já se posicionou, por maioria, quando do julgamento da Apelação Cível 598 403 632, servindo como paradigma o

voto lá proferido pela eminente Desembargadora MARIA BERENICE DIAS, assim ementado o acórdão:

**“REGISTRO DE NASCIMENTO - RECONHECIMENTO ESPONTÂNEO DA PATERNIDADE - ADOÇÃO SIMULADA OU “À BRASILEIRA”. Descabe a pretensão anulatória do registro de nascimento do filho da companheira, lavrado durante a vigência da união estável, já que o ato tipifica verdadeira adoção, que é irrevogável. Apelo provido, por maioria.”**

O mesmo processo foi enfrentado pelo nosso colendo 4.º Grupo Cível, através dos Embargos Infringentes n.º 599 277 365, tendo prevalecido a tese ora defendida, não obstante por maioria, assim ementado o acórdão:

**“PATERNIDADE. RECONHECIMENTO.**

**Quem, sabendo não ser o pai biológico, registra como seu filho de companheira durante a vigência de união estável estabelece uma filiação sócio-afetiva que produz os mesmos efeitos que a adoção, ato irrevogável.**

**AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE E AÇÃO ANULATÓRIA DO REGISTRO DE NASCIMENTO.**

**O pai registral não pode interpor ação negativa de paternidade e não tem legitimidade para buscar a anulação do registro de nascimento, pois inexistente vício material ou formal a ensejar sua desconstituição.**

**Embargos rejeitados, por maioria.”**

Quero deixar registrado que por ocasião do julgamento deste último recurso supramencionado, no Grupo, votei pelo acolhimento dos embargos, posição que já reverti, após refletir demoradamente sobre o assunto.

Na verdade, a melhor doutrina nos ensina que a ação negatória de paternidade ou a anulatória do registro de nascimento, quando interpostas pelo pai registral, só pode ter como fundamento vício de consentimento. Evidentemente que o mesmo se aplica para o pai que se compromete a registrar o filho em acordo judicialmente homologado, como ocorreu *in casu*.

CAIO MÁRIO, *in* Instituições de Direito Civil, Vol. V, pág. 222, Forense, ao tratar da matéria, diz: “*Anula-se o ato de reconhecimento por vício ou defeito que invalida os atos jurídicos em geral, como seria o defeito de forma ou vício de consentimento*”.

No mesmíssimo sentido é o ensinamento de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *in* Curso de Direito Civil, 28.<sup>a</sup> edição, vol. II, pág. 253, Saraiva: “*O reconhecimento é perpétuo e irrevogável. No máximo, poderá vir a ser eventualmente anulado por inobservância das formalidades legais, ou, então, se eivado estiver de algum dos defeitos dos atos jurídicos*”.

ARNALDO RIZZARDO, na moderna obra “Direito de Família”, vol. II, Aide, pág. 662, afasta a ação negatória quando não se fundamenta em vícios de consentimento, mas no arrependimento do reconhecimento, exemplificando assim:

*“Uma pessoa reconhece o filho e depois de um determinado período volta atrás, dizendo que realizou o ato por princípios de humanidade, ou por ter-se unido à mãe do mesmo. Cabe, num lance inicial, lembrar que ninguém pode invocar a própria torpeza, ou beneficiar-se de uma ilegalidade praticada conscientemente. Seria absurdo admitir que o autor da falsidade, fazendo-se passar por pai, viesse depois desconstituir a própria afirmação consubstanciada em documento público”* (sublinhei).

No feito ora em julgamento, não restou demonstrado minimamente o erro em que teria incorrido o autor a macular o acordo pelo vício de consentimento, na medida em que a petição inicial da separação consensual que contém a cláusula objeto de anulação foi ratificada e assinada pelo ora autor em audiência, na presença do advogado e da Magistrada.

E, mais importante ainda, o autor/apelante reconheceu *expressamente* em audiência – fl. 182 – que “*quando assinou o acordo de separação judicial sabia que estava reconhecendo a paternidade em relação a Gueniver. O fez sem ter certeza se era ou não o pai. Tinha dúvidas íntimas se era ou não o pai e naquele momento reconheceu a paternidade a após iria discutir num processo. Intimamente lhe passou pela cabeça registrar a criança mesmo sabendo que não era sua filha, pois achava se tratar do procedimento correto.*” (sublinhei).

Ou seja, o autor da anulatória assinou o acordo de separação judicial sabendo que estava reconhecendo a paternidade da ré, conforme declarou em audiência expressamente, “mesmo sabendo que não era sua filha” (fl. 182).

Se o autor se comprometeu em audiência a registrar a ré como sua filha, sabendo não ser o pai biológico, onde está o vício de consentimento capaz de autorizar a negatória da paternidade ou a anulação de tal cláusula devidamente homologada? Onde está o vício ou defeito que invalida os atos jurídicos em geral, ou seja, o defeito de forma ou vício de consentimento, capaz de anular o ato de reconhecimento?

No caso dos autos, houve o reconhecimento voluntário da paternidade, ato de vontade perfeito e acabado, na medida em que, por deliberação espontânea do autor/recorrente, comprometeu-se judicialmente a registrar a ré como sendo sua filha. Como ato perfeito e acabado, é perpétuo e irrevogável, conforme precitada e renomada doutrina, e não pode ser anulado porque, no caso, foram observadas as formalidade legais, e, não está eivado de qualquer um dos defeitos dos atos jurídicos.

Para o sucesso da anulação, segundo ARNALDO RIZZARDO (mesma obra citada, pág. 662), deve a parte provar que houve erro, dolo ou coação, ou que era absolutamente incapaz a pessoa que procedeu ao reconhecimento. Nenhuma das hipóteses está presente nos autos.

Na verdade, o que houve foi o arrependimento pelo reconhecimento espontâneo da paternidade, reconhecimento esse que ele agora quer desconstituir.

À toda evidência que o Judiciário não pode acolher tal pretensão, que refoge aos princípios primordiais do Direito, que se funda substancialmente na ética e na moral.

Mesmo que o autor não seja o pai biológico da ré - como demonstram os exames periciais realizados, inclusive pelo método do DNA (fls. 75/78 e 169/171) -, ao comprometer-se em registrá-la “na qualidade de pai” (fl.10) sabendo que não o era, configurada ficou uma adoção simulada, ou como queiram, a adoção “à brasileira”, que formou uma relação de parentesco irrevogável (art. 48 do ECA).

Peço vênia para fazer minhas as palavras da digníssima Desembargadora MARIA BERENICE DIAS, quando do julgamento dos Embargos Infringentes n.º 599 277 365, que diz:

*“À toda evidência, não pode o autor vir a juízo para negar a paternidade que sabia inexistir. Assim, falece interesse jurídico ao autor para a propositura da ação negatória, pois procedeu ao registro por vontade própria, não havendo sequer alegação de vício do consentimento.*

*Igualmente não se pode servir da ação anulatória. Inexiste qualquer deficiência no registro por inobservância das formalidades legais.*

*O inquestionável é que acabou por perfilhar o menor. O fato de não ter-se utilizado a via da adoção não pode afastar os efeitos de seu agir, buscando a revogação do ato.”*

Por todas as razões expostas, o voto pelo desprovimento da apelação.

**DES. ALFREDO GUILHERME ENGLERT (PRESIDENTE)** – De acordo, com o Relator.

**DES. ANTONIO CARLOS STANGLER PEREIRA-** Estou discordando do Relator, com a devida vênia. O Ministro Waldemar Zveitter, como Relator em 18.8.98, consigna seu posicionamento a respeito, conforme ementa do acórdão:

*“ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO-*

*1- Não se cuidando no caso de ação negatória de paternidade e sim de comprovada falsidade ideológica, é ela suscetível de ser intentada não só pelo suposto filho, mas também por outros legítimos interessados (Terceira Turma, in DJ de 3.11.98, pg. 127)”.*

Trata-se de uma anulação de registro civil, por alegada falsidade ideológica, passível de ser intentada a ação pelo autor da fraude, que reconheceu uma filha como não sendo sua, faltando com a verdade perante o registrador.

Ocorreu, na verdade, uma “adoção à brasileira”, que deverá ser coibida, não podendo os tribunais convalidar semelhante comportamento.

Julgador(a) de 1º Grau: Luis Gustavo Zanella Piccinin.

ANEXO 3 – INTEIRO TEOR DO RECURSO ESPECIAL Nº 119.346-GO DO STJ



Superior Tribunal de Justiça  
Revista Eletrônica de Jurisprudência

**RECURSO ESPECIAL Nº 119.346 - GO (1997/0010181-9)**

**RELATOR** : **MINISTRO BARROS MONTEIRO**  
**RECORRENTE** : ELIZABETH BOEL PEREIRA E OUTROS  
**ADVOGADO** : IRINEU BATISTA E OUTROS  
**RECORRIDO** : EUGÊNIO BOEL JUNIOR E OUTROS  
**ADVOGADO** : HELVIO GOMES DOS SANTOS

**EMENTA**

FILIAÇÃO. ANULAÇÃO OU REFORMA DE REGISTRO. FILHOS HAVIDOS ANTES DO CASAMENTO, REGISTRADOS PELO PAI COMO SE FOSSE DE SUA MULHER. SITUAÇÃO DE FATO CONSOLIDADA HÁ MAIS DE QUARENTA ANOS, COM O ASSENTIMENTO TÁCITO DO CÔNJUGE FALECIDO, QUE SEMPRE OS TRATOU COMO FILHOS, E DOS IRMÃOS. FUNDAMENTO DE FATO CONSTANTE DO ACÓRDÃO, SUFICIENTE, POR SI SÓ, A JUSTIFICAR A MANUTENÇÃO DO JULGADO.

- Acórdão que, a par de reputar existente no caso uma "adoção simulada", reporta-se à situação de fato ocorrente na família e na sociedade, consolidada há mais de quarenta anos. **Status** de filhos. Fundamento de fato, por si só suficiente, a justificar a manutenção do julgado.

Recurso especial não conhecido.

**ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Ruy Rosado de Aguiar, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília, 1º de abril de 2003 (data do julgamento).

**Ministro BARROS MONTEIRO**  
Relator

**RECURSO ESPECIAL Nº 119.346 - GO (1997/0010181-9)**

**RELATÓRIO**



### **O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO:**

Elizabeth Boel Pereira e seu marido, Joedson Luiz Pereira, Eugênio Alexandre Boel, Mara Boel Ferreira e seu marido, Luizmar Gomes Ferreira, Marta Boel Queiroz e seu marido, Assírio Parreira de Queiroz, Marina Boel Kafury, Marcos Boel e sua mulher, Maria Helena Vieira Boel, Eduardo Boel e sua mulher, Ivana Auxiliadora Ribeiro Boel, Oto Boel, Elias Boel e Édio Boel ajuizaram ação de anulação ou reforma de registro civil de nascimento contra Carlos Eugênio Boel, Ernesto Boel, Wilhians Boel Júnior, Eugênio Boel Júnior e o Espólio de Eunice Arcipretti Boel. Os fatos da causa são, em síntese, os seguintes:

Em 21.1.1956, casaram-se Eugênio Boel Júnior e Eunice Arcipretti, ela com 20 anos de idade.

No dia 20.11.1957, Eugênio Boel Júnior compareceu ao cartório do Registro Civil, onde declarou ter três filhos, todos do casamento com Eunice Arcipretti Boel, nominando-os como Carlos Eugênio Boel (nascido em 8.10.1947), Ernesto Boel Júnior (nascido a 25.12.1952) e Wilhians Boel Júnior (nascido em 22.12.1954). Entretanto, em verdade são eles filhos de Eugênio Boel Júnior com outras mulheres, fato de inteiro conhecimento de toda a sociedade à época.

Na constância do casamento, nasceram os demais dez filhos – os autores.

Com o falecimento de Eunice Arcipretti Boel em 11.3.1992, o viúvo promoveu a abertura do inventário dos bens por ela deixados, declarando como herdeiros todos os treze filhos do casal.

Entendem os demandantes que os três primeiros réus, por serem filhos apenas de Eugênio Boel Júnior, só têm direito à herança do pai e não sobre os bens deixados por Eunice Arcipretti Boel, não obstante se acharem relacionados como herdeiros da falecida.

Daí o pleito de anulação ou reforma de seus registros de nascimento, a fim de que deles sejam excluídos os nomes da mãe e dos avós maternos.

A sentença de fls. 124/130 julgou extinto o processo sem o conhecimento de mérito, por ilegitimidade de parte ativa, decisão esta modificada pelo Acórdão de fls. 184/189, cujo dispositivo determinou a apreciação do **meritum causae**.

Nova sentença foi proferida (fls. 222/226), agora julgando procedente a ação para determinar a retificação dos assentos dos três co-réus mencionados, a fim de ser excluído o nome de Eunice Arcipretti Boel e dos avós maternos, sob o fundamento central de que restou comprovado, de modo irrefutável, que os *"requeridos são filhos de Eugênio Boel Júnior com outras mulheres, frutos de relacionamento mantido antes de seu casamento"*.

Apelaram Eugênio Boel Júnior, Ernesto Boel, Wilhians Boel e o Espólio de Eunice Arcipretti Boel. O Tribunal de Justiça de Goiás, à unanimidade, deu provimento ao apelo para julgar improcedente a ação, em Acórdão que porta a seguinte ementa:

**"REGISTRO CIVIL DE FILHO ALHEIO COMO PRÓPRIO. ADOÇÃO SIMULADA. ANULAÇÃO.**

*Se a mulher, há mais de trinta anos, registrou como seus filhos naturais de seu esposo e a eles dedicou amor maternal, é de se reconhecer a ocorrência de adoção simulada, reveladora reveladora de grandeza de gesto a atitude nobre. Filhos registrados que contam hoje com mais de 40 anos, já tendo adquirido a filiação materna como um patrimônio de vida é referencial de identidade. Registro civil que se mantém.*

*Apelo conhecido e provido"* (fl. 287).

Rejeitados os declaratórios, os autores manifestaram este recurso especial com arrimo nas alíneas "a" e "c" do admissor constitucional, apontando contrariedade aos arts. 102, II, 147, II, 368 e parágrafo único, 369 e 375 do Código Civil/1916, além de dissonância interpretativa com Arestos oriundos da Suprema Corte. Sustentaram ser inadmissível converter-se o registro civil constituído por falsidade ideológica em adoção simulada; tanto mais que, para a adoção, a lei exige a escritura pública. De outro lado, Eunice Arcipretti Boel não tinha idade para adotar (contava à época do registro 21 anos), além disso, ninguém pode fazê-lo, sendo casado, senão depois de decorridos cinco anos do casamento. Por fim, o adotante há de ser, no mínimo, dezesseis anos mais velho que o adotado (um dos co-réus era apenas onze anos mais moço que Eunice Arcipretti Boel). Insistiram na assertiva de serem os registros nulos em virtude da falsidade ideológica.

Oferecidas as contra-razões, o apelo extremo foi admitido na origem. A Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo desprovimento.

É o relatório.

**RECURSO ESPECIAL Nº 119.346 - GO (1997/0010181-9)**

**V O T O**

**O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (RELATOR) :**

Dúvida não paira que o recorrido Eugênio Boel Júnior declarou como filhos do casal, quando não o eram na realidade, os então menores Carlos Eugênio Boel, Ernesto Boel Júnior e Wilhians Boel Júnior.

O julgado ora combatido, porém, a par de reputar existente no caso uma "simulação atípica" ou uma "adoção simulada", levou em conta, para a solução do litígio, a situação de fato ocorrente na família, tudo a envolver os três co-réus registrados como filhos do casal, a mãe hoje falecida, Eunice Arcipretti Boel, e os próprios autores. É ler-se o Acórdão nesse ponto:

*"Ora, é verdade que D. Eunice sabia da existência dos registros e nunca tencionou anulá-los. A eventual submissão ao marido poderia tê-la impedido. Contudo, é verdade, também que ela dedicou carinho e atenção aos réus, o que já escapa à qualquer imposição marital. Era iniciativa sua. Aliás, antes mesmo de contrair matrimônio, ela já sabia que seu futuro esposo esposo tinha três filhos, conforme atestam as testemunhas. Portanto, assumiu o enlace e as crianças.*

*De tal forma que D. Eunice casou-se com o Sr. Engênio Boel Júnior, assumindo os três filhos que ele já tinha. Para tanto, registrou-os (ou pelo menos permitiu que se registrasse) como seus e dispensou-lhes todos os cuidados inerentes ao amor materno. Isso no ano de 1957, quando a legislação a respeito era ainda tímida e cerceada por preconceitos vãos. Mais grandiosa que a lei, D. Eunice educou todos os filhos com igualdade de tratamento e, se assim o fez, no que tange ao seu amor de mãe, de valor inestimável, por que não o fazê-lo com relação aos bens materiais?*

*Por outro lado, os réus, crianças na época da adoção simulada, hoje contam com mais de 40 anos de idade, alguns já casados, com descendentes etc. Toda sua história de vida tem como referencial a filiação que se quer desfazer. São registros de diploma, certidões de casamento etc, que seriam vulnerados pela intenção dos autores. Providência esta que a suposta mãe nunca diligenciou.*

*Num momento histórico em que as famílias se dilaceram, as relações entre pais e filhos se deterioram e o capital e não o amor, ocupa os altares da sociedade, é impossível não se sensibilizar com o comportamento de D. Eunice. Se ela assumiu as crianças - hoje adultos - e, principal, - dedicou-lhes o amor materno, seu gesto tem que ser absorvido pelo julgador" (fls. 284/285).*

A situação de fato, não contraditada pelos recorrentes, deixa claro na espécie o **status** de filhos havido pelos citados co-réus Carlos Eugênio, Ernesto e Wilhians, admitido não só pelo pai declarante, mas também pela falecida Eunice Arcipretti Boel, verdadeira genitora deles e, mais que isso, pelos irmãos - autores desta lide. Há mais de quarenta anos, tal situação se consolidou no seio da família e da sociedade. Trata-se, como foi salientado nos autos, de um patrimônio adquirido pelos três co-réus que, hoje, contam com mais de quarenta anos, alguns casados e com filhos.

Esta Corte já teve ocasião de enfatizar, em hipótese distinta da ora em exame, é certo, a necessidade de "proteger situações familiares reconhecidas e consolidadas" (REsp nº 215.249-MG, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito). Na mesma linha encontra-se um outro Aresto da Terceira Turma, o REsp nº 91.825-MG, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, em que S. Exª. deixou anotado: *"não se pode admitir que aqueles que, ao menos tacitamente, aceitaram o recorrido como neto e sobrinho, vinte e oito anos depois, em razão da perspectiva de uma herança, queiram abalar o estado resultante de seu registro"*.

É esta a situação fática retratada neste feito e tal situação merece a tutela do Poder Judiciário, sendo o suficiente, por si só, para justificar a manutenção do decisório recorrido, cujas particularidades, aliás, afiguram-se bem diversas das circunstâncias analisadas pela Corte Suprema nos dois Arestos colacionados pelos recursantes como paradigmas. De outra

banda, havendo uma situação de fato proclamada no v. Acórdão, que não foi objeto de nenhuma impugnação por parte dos recorrentes, permanece ela intacta e suficiente, por si só, como foi dito acima, de molde a afastar então a incidência das normas pertinentes ao outro fundamento agasalhado pelo v. Acórdão.

Do quanto foi exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

**RECURSO ESPECIAL Nº 119.346 - GO (1997/0010181-9)**

**RELATOR** : **MINISTRO BARROS MONTEIRO**  
**RECORRENTE** : ELIZABETH BOEL PEREIRA E OUTROS  
**ADVOGADO** : IRINEU BATISTA E OUTROS  
**RECORRIDO** : EUGÊNIO BOEL JUNIOR E OUTROS  
**ADVOGADO** : HELVIO GOMES DOS SANTOS

Quarta Turma  
01/04/2003

**VOTO-MÉRITO**

**O MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR:**

Sr. Presidente, a fundamentação do voto do eminente Ministro-Relator é importante porque aplica a teoria que dá relevância ao fato da "paternidade social", ou da "maternidade social", que é o caso dos autos e muito raro no Foro. A maternidade que se apresenta e se consolida durante quarenta anos cria um estado afetivo, social, familiar, e mesmo jurídico que, em princípio, não deve ser desfeito. Lembro essa doutrina porque ela, de um certo modo, colide com a nossa orientação de afastar a prescrição das pretensões ligadas à negatória de filiação, especialmente quando propostas por outros que não pais e filhos, e na grande maioria das vezes com propósitos unicamente patrimoniais.

Feita essa breve referência a um tema que está a exigir reflexão, acompanho o Sr. Ministro-Relator, não conhecendo do recurso.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
QUARTA TURMA**

Número Registro: 1997/0010181-9

**RESP 119346 / GO**

Números Origem: 372630 834993

PAUTA: 01/04/2003

JULGADO: 01/04/2003

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **BARROS MONTEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FERNANDO HENRIQUE OLIVEIRA DE MACEDO

Secretária

Bela. CLAUDIA AUSTREGÉSILO DE ATHAYDE BECK

**AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : ELIZABETH BOEL PEREIRA E OUTROS  
ADVOGADO : IRINEU BATISTA E OUTROS  
RECORRIDO : EUGÊNIO BOEL JUNIOR E OUTROS  
ADVOGADO : HELVIO GOMES DOS SANTOS

ASSUNTO: Civil - Registros Públicos - Anulação - Nascimento

**CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ruy Rosado de Aguiar, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 01 de abril de 2003

CLAUDIA AUSTREGÉSILO DE ATHAYDE BECK  
Secretária

ANEXO 4 – INTEIRO TEOR DO HABEAS CORPUS Nº 61.655-CE DO STF

**HABEAS CORPUS. REGISTRO DE FILHO ALHEIO COMO SENDO PRÓPRIO. MOTIVO NOBRE.**

No tocante ao efeito da nobreza do motivo, a nova redação dada ao artigo 242 do Código Penal não beneficia o réu em face da jurisprudência anterior que afastava o dolo específico do crime definido no artigo 299 do mesmo Código quando o motivo era nobre, razão porque, quando o registro se dá anteriormente à Lei 6.898/81 – como sucede, no caso –, é indispensável examinar-se, preliminarmente, se deverá ou não, concretamente, ser aplicada essa jurisprudência, pois o novo tipo penal só será mais benéfico ao réu, se a conclusão desse exame for negativa, justificando-se então, a aplicação retroativa da lei posterior por ser mais benigna (§ 16 do art. 153 da Constituição Federal). Na hipótese sob julgamento, a nobreza do motivo foi reconhecida na própria denúncia, sendo de aplicar-se a orientação jurisprudencial – admitida pelo STF (RE 93419 e HC 43.513) – de que o dolo específico exigido pelo crime de falsidade ideológica é afastado pelo motivo nobre da ação.

Recurso ordinário a que se dá provimento, para trancar a ação penal por falta de justa causa.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso.

Brasília, 25 de maio de 1984

Djaci Falcão, Presidente

Moreira Alves, Relator.

## RELATÓRIO

**O Sr. Ministro Moreira Alves:** É este o teor do Acórdão recorrido (fls. 41/42):

**Acordam em Primeira Câmara Criminal**, por votos em concerto, em denegar a ordem impetrada.

Abarregara-se o paciente a Zadir Pereira da Silva, que de cama outra trouxera a menor Giórgia.

Necessitando esta de registro de nascimento com explicitação de seus pais, por assim exigir o colégio que pretendia cursar, e como ignorado lhe fora o paradeiro de seu genitor, acedera o sobredito paciente em registrá-la e dando-a de filha sua.

Desfeito a barregania, cuidou de anular o citado registro, logrando bom êxito, não sem que, de rabeira, determinasse a autoridade judiciária que se lhe promovesse a responsabilização penal, por infrator do art. 299 do CP.

No fito de forrar-se à acerbidade da procusteante trama processual, impetrou o acusado, través de ilustres patronos, a saudável provisão habeascorpis, no tentame de trancar a incômoda promoção.

No caso – assim o sustenta – se não configurara o delito de falsidade ideológica, porquanto agira por motivo altruístico, sem auferir vantagem ou prejudicar a quem quer. E consoante jurisprudência que afirmar predominante nos mais altos senáculos nacionais, o registro civil por nobre motivação considerado não é crime de falso.

Ao assaz do ilustre Procurador- Geral da Justiça pareceu proceder a obsecração, ante o discutido entendimento tribunalício.

Com a devida vênia, cuida-se que a tendência jurisprudencial, mesmo predominante, não retira ao indigitado ato a curial eiva criminógena.

Com efeito. Vem do art. 299, recitado, que a falsidade ideológica discorre do omitir o agente, em documento público ou particular, declaração que dele deveria constar, ou nele inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim

de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

Se, pois, **in casu**, se não prejudicara direito, criara-se obrigação e alterara-se a verdade sobre fato juridicamente relevante.

De sobejo, constitui a falsificação do assento registral, **ut** parágrafo único do art. 299, causa exasperante da reprimenda.

A doutrina, como a jurisprudência, cindem-se no respeitante à dolosa ocorrência no registro civil por motivo nobre.

**Magalhães Noronha**, no pertinente, obtempera, **verbis**:

“Todavia, a questão mais controvertida acerca da falsidade do registro civil é a relativa à nobreza ou altruísmo do sujeito ativo...Afirma-se, por um lado, que a falsidade ideológica só existe quando há intenção de prejudicar a vítima, o que não se dá com o fim humanitário de criar e amparar a criança; por outro lado, **assegura-se que, mesmo nessa hipótese, há prejuízo resultante dos direitos e obrigações do réu e da lesão aos interesses do menor, de seus verdadeiros pais e dos filhos que o réu venha a ter.**”

Em **Jurisprudência Criminal**, de **Heleno Cláudio Fragoso**, recolhe-se que em voto vencido na 3ª CC., Crim. Do TJ da Guanabara, ateve-se o Des. **Murta Ribeiro**, a que o dolo específico, no caso de falso registral, reside na vontade de conduzir à **mutatio veritatis**, particularizada pela intenção de alterar a verdade sobre circunstâncias de relevo jurídico, com consequências na esfera do direito de família e das sucessões (ob. Cit. 294/240).

O Sumo Colégio, um por de vezes, decidiu não haver dolo na falsificação de assento de registro civil por motivo generoso ou nobre.

E **Magalhães Noronha**, supracitado, recita que “nos crimes contra a fé pública, não é imprescindível, em regra, a efetiva ocorrência do **eventus damni**, bastando a **editio falsi** (fls. 220).

Ante o conflituoso do estudado do caso, com enturrada disceptação entre doutores e jurisperitos, não há trancar a ação por falta de justa causa, por inóceno crime em tese.



O judicioso e convinável recomenda desfiar do rosário procedimental, para, de final, aplicar-se a devida triaga.

De resto, o art. 299 contempla como causa de aumento de pena a falsidade de assentamento de registro civil. **Legem habemus.**

Interposto recurso ordinário, sobre ele assim se manifesta a Procuradoria-Geral da república, em parecer do Dr. Francisco de Assis Toledo (fls. 56/59):

“Camilo Átila da Costa Mendly de Vetyemy foi denunciado, em agosto de 1980, pelo crime do art. 299 do Código Penal, por ter registrado Giórgia como sendo sua filha, quando na verdade o era de pai desconhecido e de Zadir Pereira da Silva, com o primeiro vivia amasiado.

A denúncia declara expressamente que tal registro de nascimento era duplicata de outro e que, conforme constou do Acórdão proferido em Apelação Cível, fora feito.

“...com o ânimo nobre de ajuda”...(fls. 5).

Impetrada a ordem de **habeas corpus**, por falta de justa causa, denegou-a o Tribunal em Acórdão assim ementado:

“Compondo o falso ideológico, como dolo específico, o intuito de prejudicar direito, criar obrigação ou **alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante**, não leva o caudal pretoriano, ainda sobrelevante, a que se haja como inexistente crime em tese na falsificação de assento de registro civil, por motivo de nobreza” (fls 41).

Daí o recurso, insistindo na falta de justa causa, por atipicidade do fato.

Eis o parecer.

A Lei nº 6.898, de 30-3-81, deu nova redação ao art. 242 do Código Penal, para nele incluir o falso registro por motivo nobre, ou seja, a prática de se adotar uma criança, não por forma regular, mas pela via mais simples de registrá-la como filho. |Essa lei, entretanto, só poderia ser aplicada ao fato para beneficiar o réu, por ser de data posterior a ocorrência do falso registro. Pr outro lado, anteriormente, as tentativas de enquadrar-se tal prática na figura do art. 299 do Código Penal encontrava sérias resistências na jurisprudência dos Tribunais, visto como um ato nobre, embora ilegal, feito para beneficiar o menor, não poderia encontrar subsunção na figura do crime de falsidade ideológica, para o qual a lei exige, como elemento subjetivo do tipo ( ou dolo

específico), o intuito de **prejudicar**. A respeito, noticia Celso Delmanto, in **Código Penal Anotado**, ed. de 1984, págs. 324/325:

“A alteração introduzida neste art. 242 deu nova definição penal à chamada **adoção á brasileira**. Por meio de tal prática, muitos casais, em vez de adotar regularmente uma criança, preferiam registrá-la como sendo filho. Antes da Lei nº 6.898, de 30-3-81, tal comportamento só era enquadrável no art. 299 e parágrafo único do CP (falsidade ideológica em assentamento do registro civil). Todavia, a doutrina e jurisprudência mais modernas invariavelmente entendiam que não havia o crime quando a falsidade do registro era praticada por motivo nobre, ou seja, quando o falso beneficiava o menor em vez de prejudicar os seus direitos. Corretamente, sustentava-se a atipicidade do fato, em vista da ausência do elemento subjetivo do tipo que o art. 299 requer (STF, RE nº 93.419, RT nº 551/404; TFR, Apn nº 29, DJU 2-4-80, pág. 2003; TJSP, Ap. nº 139. 695, RT 542/339; Ap. nº 137.750, RT nº 528/322; TJRJ, Ap. nº 568, RT nº 525/428). A inovação introduzida teve, teoricamente, a intenção de beneficiar os autores daqueles registros. Na prática, porém, ela poderá até prejudicá-los. Na dependência do elemento subjetivo do tipo nesta figura (vide nota tipo subjetivo) aquelas pessoa só poderão obter o perdão judicial, em vez de conseguir a absolvição”.

O Supremo Tribunal Federal, em caso análogo ao presente, no qual o pai promovera o registro de filhos havidos fora do matrimônio atribuindo-lhes a **falsa maternidade** de mulher legítima, decidiu o seguinte:

**“EMENTA: Crime de Falsidade ideológica – registro, como legítimos, de filhos havidos extra-matrimônio:**

Tendo ficado assentado nas instâncias ordinárias que o registro falso, feito pelo pai, teve como objetivo proteger os filhos, e não prejudicar, não se tipifica o delito, por ausência de dolo específico.

Com relação ao segundo recorrido, cinge-se a questão posta no apelo extremo ao reexame da prova, o que é vedado na via eleita.

Recurso extraordinário conhecido parcialmente, mas desprovido”.

(RE nº 93.419, Relator: Min. Cunha Peixoto, xerox anexa).

Como se vê, no caso destes autos, não se pode aplicar a lei nova em razão do disposto no art. 153, § 16, 2ª parte, da Constituição, por se tratar de novo tipo antes inexistente; e não se pode aplicar a antiga pela razão óbvia de ter a lei nova reforçado a tese da jurisprudência que reputava atípica a falsidade ideológica de registro de nascimento, “por motivo nobre”, o que nestes autos é proclamado por decisão judicial.

Ante o exposto, somos pelo provimento do recurso para trancar-se a ação penal.

É o parecer”.

É o relatório.

## **VOTO**

### **O Sr. Ministro Moreira Alves (Relator):**

1. Com a nova redação do art. 242 do Código Penal dada pela Lei nº 6.898/81, deu-se, sem dúvida alguma, nova tipificação penal ao fato de alguém registrar como seu o filho de outrem ainda que por motivo de reconhecida nobreza, por quanto esse fato assim motivado é definido, agora, como crime que dá margem a detenção de uma dois anos, embora possa o juiz deixar de aplicar a pena.

Anteriormente, ele só podia ser enquadrado no art. 299, conjugado com seu parágrafo único, do Código Penal, como falsidade ideológica, sendo o dolo específico o elemento subjetivo desse delito. E a jurisprudência – inclusive a desta Corte (RE nº 93.419, onde se invoca o HC nº 43.513) – entendia, predominantemente, que o motivo nobre afastava o dolo específico exigido pelo crime de falsidade ideológica.

Isso mostra que. No tocante ao efeito da nobreza do motivo a nova redação dada ao artigo 242 do Código Penal não beneficia o réu em face da jurisprudência anterior, razão porque, quando o registro se dá anteriormente à Lei 6.898/81 – como sucede, no caso –, é indispensável examinar-se, preliminarmente, se deverá ou não, concretamente, ser aplicada essa jurisprudência, pois o novo tipo penal só será mais benéfico ao réu, se a conclusão desse exame for negativa,